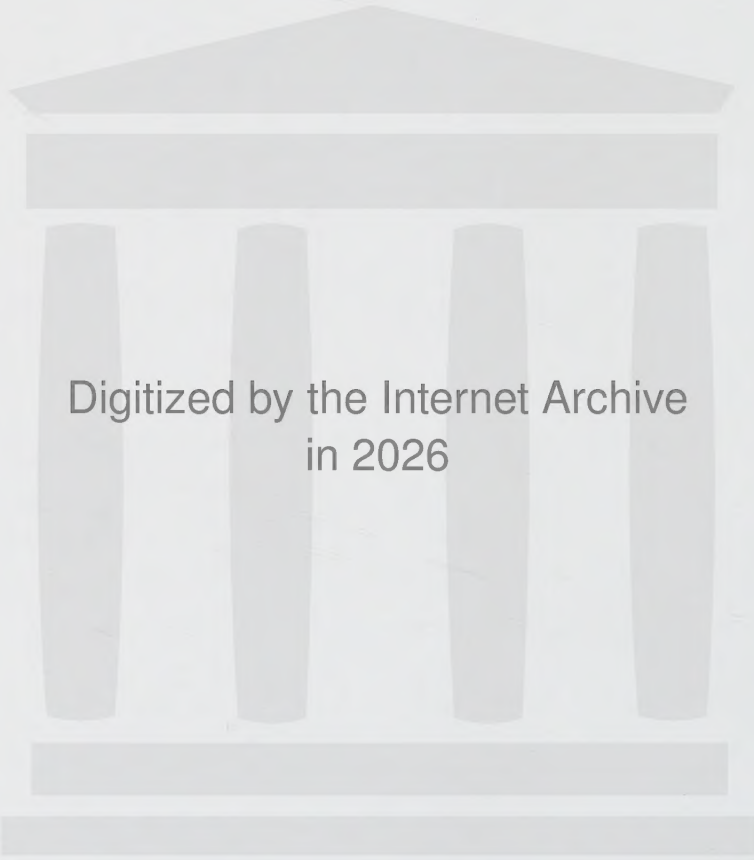


DER EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG
AUF DIE GESTALTUNG DER UNTREUEBESTIMMUNGEN
IM STRAFRECHTSENTWURF 1960

Josef Terwey

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555224_0060

DER EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG
AUF DIE GESTALTUNG DER UNTREUEBESTIMMUNGEN
IM STRAFRECHTSENTWURF 1960

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Josef Terwey

München 1963

Referent: Professor Dr. jur. Dr. med. h. c. Karl ENGISCH
Correferent: Professor Dr. jur. Reinhart MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1963



MEINER MUTTER

IN DANKBARKEIT GEWIDMET

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Binding Karl, "Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts",
Besonderer Teil, I. Band, 2. Auflage 1902
- Mayer Hellmuth, "Die Untreue" in Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band,
Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954 - Materialien -
- Mayer Hellmuth, "Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen",
München - Leipzig - Berlin 1926 - Mayer -
- Schäfer Ernst, "Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom
26. Mai 1933" in DJZ 1933, 790 ff
- Schwinge - Siebert, "Das neue Untreuestrafrecht", Berlin 1933
- Schwinge - Siebert -
- Wrede Heinrich-Joachim, "Die Untreue von der Preussischen Gerichtsordnung 1532
bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai
1871", Dissertation in Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 73,
Berlin 1939 - Wrede -
- Zoller Hans, "Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in der
Rechtsprechung des Reichsgerichts", Strafrechtliche Abhandlungen,
Heft 407, Breslau - Neukirch 1940 - Zoller -

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften sind in der üblichen Weise zitiert.

GLIEDERUNG

	Seite
Einleitung	1
1. Hauptteil: Die Rechtsprechung zur Untreue	5
A. Die Rechtsprechung zu § 266 a. F. StGB	
I. Die Rechtsprechung zu § 266 Abs 1 Zi 1 a. F. StGB	
1) Täter	
2) Untreuehandlung	6
II. Die Rechtsprechung zu § 266 Abs 1 Zi 2 a. F. StGB	
1) "Bevollmächtigter"	
a) Vorbemerkung	
b) Ursprünglicher Begriff des "Bevollmächtigten"	7
c) Vertretungsberechtigte Gesellschafter und Organe jur. Personen als "Bevollmächtigte"	13
d) Beamte als "Bevollmächtigte"	14
e) Das tatsächliche Treueverhältnis	15
f) Der Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft	20
aa) Sachlicher Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft	
bb) Zeitlicher Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft - Widerruf der Vollmacht	22
2) Die Untreuehandlung des § 266 Abs 1 Zi 2 a. F. StGB	24
a) Vermögensstück	
b) Verfügen	27
c) Vermögensstück des Auftraggebers	34
aa) Allgemeine Auslegung	
bb) Der Individualanspruch	41
cc) Wirtschaftliches Vermögen	44
B. Die Rechtsprechung zu § 266 n. F. StGB	47
I. Missbrauchstatbestand	48
1) Täter des Missbrauchstatbestandes	
2) Die Untreuehandlung	50
II. Treubruchstatbestand	51
1) Täter des Treubruchstatbestandes	52
a) "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen"	
b) Fremde Vermögensinteressen	57
c) Treupflicht kraft Rechtsgeschäfts	58
d) Treupflicht kraft behördlichen Auftrags	61
e) Treupflicht kraft Gesetzes	63
f) Tatsächliches Treueverhältnis	
g) Umfang der Treupflicht	64
2) Die Untreuehandlung	65

VIII

C.	Rechtsprechung zu gemeinsamen Fragen	67
I.	Gemeinsame Tatbestandsmerkmale des § 266 a.F. und n.F. StGB	
	1) Die Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung	
	2) Nachteil	70
	3) Innerer Tatbestand der Untreue	73
	a) § 266 a.F. "Absichtlich"	73
	b) § 266 n.F. - Innerer Tatbestand	75
	4) Strafantrag	76
II.	Gemeinsame Fragen zur Untreue	78
	1) Untreue im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Rechtsgeschäfte	
	2) Das Wesen der Untreue	82
2.	Hauptteil: Einfluss der Rechtsprechung auf die Gestaltung der Untreuebestimmungen im Entwurf 1960	85
A.	Die Untreue im Entwurf 1960	
I.	Allgemeines	
	1) Wesen der Untreue	
	2) Aufbau des Tatbestandes	86
II.	Der Täterkreis	87
	1) Täter nach § 263 Abs 1	
	2) Täter nach § 263 Abs 2	89
	3) Gemeinsames	91
III.	Die Untreuehandlung	92
IV.	Erfolg der Untreue	93
V.	Subjektiver Tatbestand der Untreue	94
	1) Allgemeines	
	2) § 263 Abs 1	
	3) § 263 Abs 2	
VI.	Strafe	95
VII.	Haus- und Familienuntreue	
VIII.	§ 264 - Besonders schwerer Fall	96
B.	Einfluss der Rechtsprechung	
I.	Allgemeines	
II.	Wesen der Untreue	97
III.	Täter der Untreue	98
IV.	Untreuehandlung	103
V.	Die Pflichtwidrigkeit	106
VI.	Nachteil	

VII. Subjektiver Tatbestand	107
VIII. Haus- und Familienuntreue	
C. Würdigung der Untreuebestimmung des Entwurfs im Hinblick auf die Rechtsprechung zur Untreue	108
I. Vorbemerkung	
II. Wesen der Untreue	
III. Täter der Untreue	
IV. Untreuehandlung	114
V. Pflichtwidrigkeit	
VI. Erfolg der Untreue	115
VII. Innerer Tatbestand	116
VIII. Haus- und Familienuntreue	117
IX. Schlussbemerkung	

E I N L E I T U N G

Nach mehrmaligem vergeblichen Anlauf soll nun eine Gesamtreform des Strafrechts durchgeführt werden. Die Bundesregierung hat am 3. November 1960 dem Bundestag einen Entwurf eines Strafgesetzbuches zur Beschlussfassung zugeleitet 1).

Eine der Bestimmungen im Besonderen Teil dieses Entwurfes, die gegenüber dem geltenden Recht verhältnismässig stark geändert werden, ist die über Untreue 2).

Die bisher im Vergleich zu anderen Vermögensdelikten begrifflich ungefestigte Position der Untreue erklärt sich aus der Geschichte, aus ihrer systematischen Stellung und der Entwicklung des modernen Wirtschaftslebens.

Die Geschichte der Untreue ist zunächst gekennzeichnet durch die Abhängigkeit von der Wandlung und Klärung der Eigentumsdelikte. Eine erste selbständige Untreuebestimmung findet sich zwar schon in Art. 170 CCC, (der den Diebstahl noch deutschrechtlich als Bruch fremder Gewere auffasst) bezüglich "ungetreuen Handelns mit anvertrauter Habe" 4). Die Untreue ist danach wie Diebstahl zu bestrafen. Aber mit dem Wandel des Diebstahlsbegriffs zum römischrechtlichen "furtum" wird das ungetreue Handeln des Verwahrers selbstverständlich als "furtum (rei depositae)" behandelt 5), ohne dass sich die damalige Strafrechtswissenschaft ihrer veränderten Auffassung des Diebstahls bewusst geworden wäre. In der Folgezeit scheiden insbesondere Berlich und Carpzow das ungetreue Handeln des Verwahrers als "furtum improprium" vom eigentlichen "furtum", weil die "contrectatio" des Verwahrers wegen des ihm möglichen Zugriffs auf die anvertraute Sache nur eine "ficta" sei 6).

1) Drucksache Nr 2150 - 3. Wahlperiode E 1960

2) §§ 263, 264 des Entwurfs 1960

3) Hier sollen nur die Entwicklungslinien der Behandlung ungetreuen Verhaltens in der Geschichte aufgezeigt werden. Ausführliche Angaben zur Geschichte der Untreue finden sich bei:

H. Mayer "Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen"
München-Leipzig-Berlin 1926;

H. -J. Wrede "Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871; Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 73, Berlin 1939;

H. Mayer "Die Untreue" in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I., Bonn 1954, S. 333 ff

4) Wrede S. 21 ff; Mayer S. 14; Materialien S. 335

5) Wrede S. 34

6) Wrede S. 43, 44; Mayer S. 16, 17

Die Strafrechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts engt das "furtum" wieder auf den deutschrechtlichen Diebstahlsbegriff ein und stellt unter dem Einfluss naturrechtlicher Gedanken die gegenüber dem Diebstahl höhere Strafwürdigkeit des Treubruchs heraus 1).

Entscheidenden Einfluss auf den künftigen und heutigen Standort der Untreue hat die begriffliche Klärung des Diebstahls, die mit der Dissertation Kleinschrod's beginnt. Kleinschrod stellt zum ersten Mal deutlich das Wesen des Diebstahls als Eigentumsangriff durch Besitzentziehung heraus und zählt auch die Unterschlagung anvertrauter Habe als Veruntreuung zum Diebstahl 2). Am Ende dieser Entwicklung, die vor allem dem Besitzbegriff gilt, sind Diebstahl, Unterschlagung und Veruntreuung als verschieden qualifizierte Eigentumsangriffe herausgearbeitet 3). Der Bereich der Untreue als selbständiger Straftat ist damit gegenüber den Eigentumsdelikten auf die Fälle begrenzt, in denen der Täter eine Treupflicht nicht notwendig mittels eines Eigentumsangriffs verletzt. Für die nähere Qualifizierung dieser selbständigen Untreue ist dieser Entwicklung jedoch nichts zu entnehmen.

Eine zweite Entwicklungslinie 4) der Untreue als selbständigen Delikts betrifft die Fälle, in denen besonders gewichtige Treupflichten nicht notwendig durch Eigentumsangriff verletzt werden. Sie beginnt mit einer Konstitution Kurfürst Augusts von Sachsen von 1572 5) über die Untreue von Beamten und Tit. 32 § 3 der RPO von 1577 über die Untreue des Vormunds 6) und führt über zahlreiche, ihrem inhaltlichen Umfang nach wechselnde Bestimmungen der Landrechte zu § 266 des preussischen StGB von 1851. Auch diese Untreuefälle werden erst zuletzt als eigenständiges Delikt innerhalb der Gruppe der Vermögensverbrechen begriffen, während sie zunächst teils den Amtsdelikten 7), teils dem "falsum" 8) zugeordnet wurden. Ausserdem ist diesen jeweiligen Untreuebestimmungen gemeinsam, dass sie nur einer Treupflicht, die einem Amt oder obrigkeitlicher Bestellung zu einem Gewerbe entspringt, die also allgemein gesprochen im öffentlichen Vertrauen wurzelt, strafbegründende Wirkung beilegen und die zu strafrechtlich geschützter Treue verpflichteten Personen einzeln aufzählen 9). Damit kann auch

1) Wrede S. 47, 51 ff

2) Wrede S. 59, 61; Mayer S. 30

3) Wrede S. 77

4) Nicht im Sinne eines Aliud, sondern als Betonung anderer Gesichtspunkte des einen Delikts

5) Wrede S. 30; Mayer S. 12, 33

6) Mayer S. 34, 35; Wrede S. 32 sieht in dieser Bestimmung nicht eine selbständige Strafbestimmung, sondern lediglich einen Hinweis auf die nach der PGO strafbare Untreue.

7) Wrede S. 46

8) Wrede S. 65, 66, 67, 75; Mayer S. 42, 43

9) Wrede S. 83

diese Entwicklungslinie wenig dazu beitragen, abstrakte Merkmale zu einer eindeutigen Abgrenzung der strafbaren Treupflichtverletzungen auf dem allgemeinen Bereich der Verletzung fremder Vermögensinteressen zu gewinnen.

Am Ende der geschichtlichen Entwicklung ist somit zwar der Bereich, der für strafwürdiges, ungetreues Handeln als selbständiges Delikt verbleibt, gegenüber den durch Eigentumsangriff begangenen Treupflichtverletzungen abgegrenzt. Aber für die generelle Typisierung strafwürdiger Fälle auf dem Gebiet insbesondere der Vertragsverletzungen, aber auch des Rechtsverkehrs überhaupt, ist ausser der Erkenntnis, dass strafwürdige Fälle verbleiben und solche in einzeln aufgeführten Verhältnissen zu bejahren sind, nichts gewonnen.

Diese systematische Stellung der Untreue als Ausschnitt strafwürdiger Handlungen aus dem grossen Bereich der straflosen Vertragsverletzungen ist auch der Grund, weshalb es bisher nicht gelungen ist, den Tatbestand zufriedenstellend zu fassen.

Dazu kommt noch, dass die Untreue als Vermögensdelikt in ihrem jeweiligen Umfang stark von der Wandlung des modernen Wirtschaftslebens abhängt, die die Akzente strafwürdigen Verhaltens ständig ändert. So hat etwa die fortschreitende Arbeitsteilung dazu geführt, dass Vermögensinteressen in verstärktem Grad fremder Einwirkung unterliegen, und zwar häufig Vermögensinteressen von solchem Wert, dass der Verletzer im Falle ihrer Verletzung kaum zur Ersatzleistung imstande ist. Ausserdem sind durch die starke Zunahme des buchmässigen Umschlags von Vermögenswerten diese weitgehend jedem sonstigen strafrechtlichen Schutz entzogen. Endlich sind unter dem Einfluss verstärkten Kreditbedarfs Vertragsformen entstanden, die neben den typischen Vertragselementen etwa des Kaufs oder der Miete weitgehend Kreditelemente enthalten, wie z. B. die verschiedenen mit der Vorleistung eines Vertragspartners verbundenen Kaufverträge und die mit Leistungen des Mieters gekoppelten Mietverträge. Auch diese ständigen Veränderungen trüben den Blick für Merkmale, mit deren Hilfe die Untreue generell brauchbar umrissen werden könnte.

Aufgabe der Reform der Untreue war daher neben der Beantwortung der grundsätzlichen Fragen nach dem Wesen des Delikts und seiner Strafwürdigkeit, das strafwürdige ungetreue Handeln von der Verletzung solcher zivilrechtlicher Verbindlichkeiten tatbestandlich abzugrenzen, zu deren Sanktion der Schadenersatzanspruch ausreicht.

Als Hilfsmittel zur Lösung dieser Aufgaben bietet sich neben Geschichte, Rechtsvergleichung und Strafrechtslehre insbesondere die Rechtsprechung. Sie hatte vorzüglich Gelegenheit, die Brauchbarkeit der bisherigen Untreuebestimmungen am konkreten Sachverhalt zu überprüfen und aufzuzeigen, in welchen Richtungen ihre Verbesserung wünschenswert ist.

In dieser Arbeit soll nun untersucht werden, ob und inwieweit die Gestaltung der Untreuebestimmungen im Entwurf 1960 von der Rechtsprechung beeinflusst wurde.

Zu diesem Zweck gilt es zunächst, die beiden Vergleichsobjekte, einerseits die Grundsätze der Rechtsprechung (Rspr) zur Untreue und andererseits den Inhalt der Bestimmungen des Entwurfs (E) aufzuzeigen. Sodann ist die Frage nach dem Einfluss der Rspr zu beantworten und das gefundene Ergebnis zu würdigen.

Die Untersuchung der Rspr stützt sich im wesentlichen auf Entscheidungen des Reichsgerichts (RG) und des Bundesgerichtshofs (BGH). Sie bezieht auch die Erkenntnisse des RG zu § 266 a. F. StGB ein. Wiewohl diese bereits von anderer Seite eingehend dargestellt sind ¹⁾, kann in dieser Arbeit auf ihre Berücksichtigung nicht verzichtet werden. Denn einmal enthält die Arbeit von Zoller einige Unklarheiten. Zum anderen hat der Gesetzgeber bei der Gestaltung des § 266 n. F. nicht die von der Rspr zu § 266 a. F. gewonnenen Erfahrungen verwertet, sondern, jedenfalls zum überwiegenden Teil, die Durchsetzung des Treuegedankens und die Schaffung eines lückenlosen Straftatensystems erstrebt. Die Rspr zu § 266 a. F. konnte daher noch nicht für eine Reform wirksam werden. Sie bildet im übrigen zusammen mit der zu § 266 n. F. eine notwendige Einheit dergestalt, dass sie zusammen mit ihr den Rahmen absteckt, in dem ungetreues Verhalten strafwürdig sein kann, aber auch sein muss.

Von der Untersuchung werden nur § 266 Abs 1 Zi 3 StGB und die sondergesetzlich geregelten Untreuefälle ausgenommen. § 266 Abs 1 Zi 3 hat die Rspr nur in wenigen, auf den Einzelfall zugeschnittenen Entscheidungen beschäftigt, so dass hier ein Einfluss der Rspr auf den E von vornherein ausscheidet. Die in Sondergesetzen enthaltenen Untreuebestimmungen betreffen jeweils einen einzelnen Fall der Untreue. Daher war die Rspr hier nicht veranlasst, Auslegungsgrundsätze aufzustellen, die für die künftige generelle Gestaltung der Untreue hätten massgebend werden können.

Die Grundsätze der Rspr werden nicht als Querschnitt durch die letztlich gefundenen Ergebnisse dargestellt. Sie sind vielmehr in ihrer Entwicklung zu verfolgen, weil so grundsätzliche Schwierigkeiten einer Untreuefassung, und damit zugleich die Gründe für irgendwelche Lösungen erkennbar werden. Ausserdem wird nur diese Darstellung der rechtsprechenden Tätigkeit als einem fortwährenden Suchen und Abwägen von Lösungen gerecht.

Endlich kann in dieser Arbeit nicht den mannigfachen Wechselwirkungen zwischen Strafrechtslehre und Rspr nachgegangen werden. Als Grundsätze der Rspr werden daher solche Erkenntnisse angesprochen, die die Rspr mit ihrer Autorität versehen hat, gleichgültig, wer Urheber dieser Gedanken war, und ob sie auch ausserhalb der Rspr vertreten wurden.

1) H. Zoller "Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts - (Zugleich ein Vorschlag de lege ferenda)" Breslau-Neukirch 1940, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 407

1. HAUPTTEIL: Die Rechtsprechung zur Untreue

A. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 266 a.F. StGB

I. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 266 Abs 1 Zi 1 a.F. StGB

1) Täter

Mit der Frage, ob jemand die nach § 266 Abs 1 Zi 1 a.F. StGB geforderte Tätereigenschaft besitze, hatte sich das RG nur verhältnismässig selten zu befassen. Ausserdem teilen sich die diesbezüglichen Entscheidungen des RG noch auf die verschiedenen in § 266 Abs 1 Zi 1 genannten Personengruppen auf. Daher konnten sich Rspr-Grundsätze als wiederholt bestätigte Ansichten zu einer Frage kaum bilden.

Zur grundsätzlichen Auslegung des § 266 Zi 1 bestimmte RGSt 35, 338, die Personenklassen des § 266 Zi 1 seien vom Gesetz dergestalt abgegrenzt, dass ihre analoge Anwendung auf ähnliche Fälle ausgeschlossen sei. Die hier ausdrücklich ausgesprochene Auffassung, die RGSt 39, 383 und 44, 67 wiederholten, bestätigte das RG in allen übrigen Entscheidungen stillschweigend dadurch, dass es jeweils prüfte, ob der Täter unter eine bestimmte Kategorie des § 266 Zi 1 eingereiht werden könne, und verneinendenfalls § 266 Zi 1 ablehnte.

Die Auslegung der einzelnen im Tatbestand genannten Personengruppen ist für den E nicht von Interesse. Denn sie bestand vor allem darin, Ämter aus den verschiedenen Landrechten in die Personenkategorien des § 266 Zi 1 zu überführen.

Über das den Personengruppen des § 266 Zi 1 gemeinsame Merkmal sprach sich das RG verschieden aus. RGSt 11, 244 erklärte, in einer eigentlichen Vermögensverwaltung sei weder nach dem Wortlaut noch nach der Tendenz des Gesetzes ein Tatbestandsmerkmal des fraglichen Vergehens zu erblicken. RGSt 44, 67 hielt die in § 266 Zi 1 genannten Personen "zumeist" für gesetzliche Vertreter. RGSt 65, 333 sprach schlechthin von Vertretungsmacht als dem gemeinsamen Kennzeichen. Demgegenüber betonten die Entscheidungen RGSt 16, 77, 38, 190, und 39, 383, dass die Täter des § 266 Zi 1 kraft öffentlichrechtlicher Verpflichtung zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bestellt und demzufolge zu besonderer Treue verpflichtet seien.

Ein eigentlicher Gegensatz zwischen diesen beiden Erklärungen des RG besteht jedoch nicht. Das RG stellte lediglich in einem Teil der Fälle hauptsächlich auf den konkreten Inhalt der von den Personen des § 266 Zi 1 geübten Tätigkeit ab, während es in den übrigen Fällen von dem Anlass der Tätigkeit, der Bestellung, und der daraus und aus der gemeinsam ausgeübten, generell bezeichneten Tätigkeit sich ergebenden Folge, der Treupflicht, ausging.

Besondere praktische Schwierigkeiten, insbesondere hinsichtlich eines Bedürfnisses nach Ausdehnung, wegen der abgeschlossenen Aufzählung der Tätergruppen

in § 266 Zi 1 sind wohl deshalb aus der Rspr nicht ersichtlich, weil das RG den Bevollmächtigtenbegriff, wie unten zu zeigen sein wird, zum umfassenden Täterbegriff der Untreue nach § 266 a.F. StGB machte. So erklärte das RG nur einmal in RGSt 44, 67, einer Entscheidung zu § 266 Zi 3, die Aufzählung in § 266 Zi 1 sei keineswegs lückenlos; es fehlten z. B. die Vollstrecker von Erbverträgen, die Mitglieder eines Familienrates u. a. Es sei daher wünschenswert, den Tatbestand allgemeiner zu fassen und die Täterschaft auf alle solche Personen zu erstrecken, denen durch Gesetz oder Recht die Befugnis eingeräumt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen.

2) Untreuehandlung

Die Untreuehandlung bestand nach § 266 Abs 1 Zi 1 im Handeln zum Nachteil der anvertrauten Personen oder Sachen. Somit war schon nach dem Wortlaut der Bestimmung grundsätzlich Handeln jeder Art zur Erfüllung des Tatbestandes geeignet, wenn es einen Nachteil verursachte.

Die Untreuehandlung bereitete der Rspr daher hier keine Schwierigkeiten. Deshalb hat sich das RG kaum mit ihr befasst und keine besonderen Grundsätze zu diesem Tatbestandsmerkmal ausgesprochen.

II. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 266 Abs 1 Zi 2 a.F. StGB

1) "Bevollmächtigter"

a) Vorbemerkung

Nach § 266 Abs 1 Zi 2 StGB a.F. konnte Täter der Untreue nur sein, wer "Bevollmächtigter" war. Die Bevollmächtigtenuntreue, als Ergänzung zur Unterschlagung geschaffen 1), entwickelte sich in der RG-Rspr zum zentralen Untreue-tatbestand. Dementsprechend wurde die Bevollmächtigteneigenschaft zur bedeutendsten Täterqualifikation der Untreue nach § 266 a.F.

Für die Darstellung des Bevollmächtigtenbegriffes, wie ihn das RG entwickelt hat, ist zu beachten, dass die vom RG zur Interpretation verwendeten Begriffe zu Anfang seiner Auslegungstätigkeit noch nicht immer die Bedeutung hatten, die das heute geltende Zivilrecht mit ihnen verbindet 2). Das RG lehnte sich nämlich bei der Auslegung des Bevollmächtigtenbegriffes anfangs, ähnlich der Auslegung der Personenklassen des § 266 Zi 1, an dessen damalige zivilrechtliche Bedeutung an. Es machte den Vollmachtsauftrag des preussischen Rechts zunächst zum Angel-

1) vgl u. a. RGSt 3, 283

2) Mayer S. 72, Materialien S. 336

punkt seiner Auslegung 1). Der Vollmachtsauftrag 2) war aber vom heutigen Rechtszustand insofern verschieden, als er die nach heutiger Auffassung streng zu scheidenden Begriffe "Auftrag" (das Innenverhältnis und die Geschäftsführungsbefugnis betreffend) und "Vollmacht" (das Aussenverhältnis und die Vertretungsmacht betreffend) als seine zwei Seiten in sich vereinigte. Die abstrakte Vollmacht war dem Gesetz fremd.

Zu einer unmissverständlichen 3) Darstellung der Rspr des RG ist es daher erforderlich, die Aussagen des RG mit den entsprechenden Begriffen des heutigen Zivilrechts zu interpretieren. Als "Vertretungsmacht" wird demnach im folgenden die rechtliche Macht 4) bezeichnet, durch Willenserklärung im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit Wirkung für diesen zustandezubringen. Über die Herkunft der Rechtsmacht besagt dieser Begriff nichts. Soweit die Vertretungsmacht durch (einseitiges) Rechtsgeschäft erteilt ist, wird sie als "Vollmacht" 5) bezeichnet, soweit sie unmittelbar auf Gesetz beruht, als "gesetzliche Vertretungsmacht". Entsprechend der zivilrechtlichen Lehre wird im folgenden von der "Vertretungsmacht" die "Geschäftsführungsbefugnis" unterschieden. Während die erstere das Verhältnis des Vertreters zum Dritten und die Frage des "rechtlichen Könnens" betrifft, regelt die letztere das Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen, also das Innenverhältnis, und die Frage des "rechtlichen Dürfens". Als "Auftrag" wird endlich ein Vertrag angesprochen, durch den sich jemand verpflichtet, ein Geschäft für einen anderen zu besorgen. Der "Auftrag" ist einer der Verträge, durch die die Geschäftsführungsbefugnis, aber nur diese, geregelt werden kann.

b) Ursprünglicher Begriff des "Bevollmächtigten"

Grundlegend für die ursprüngliche Auslegung des Bevollmächtigtenbegriffes sind die Entscheidungen RGSt 3, 283, RGRspr 4, 393 und RGSt 7, 377. Der 3. Senat rügte in RGSt 3, 283 die unzureichende Feststellung der Bevollmächtigteneigenschaft einer in die Familiengemeinschaft ihres Bruders aufgenommenen minder-

- 1) vgl u. a. die unten besprochenen Entscheidungen RGSt 3, 283; RGRspr 4, 393; RGSt 7, 377
- 2) Zum Begriff vgl. Mayer S. 229: "Der Vollmachtsauftrag des preussischen Rechts ist ein entgeltliches oder unentgeltliches Auftragsverhältnis, durch welches jemand von einer natürlichen Person oder deren Vertreter, von dem Vertreter einer Gesellschaft oder einer juristischen Person mit einem bestimmten Geschäft oder mit einer Gattung oder Gruppe von Geschäften beauftragt wird, durch welches er ausserdem Vertretungsmacht erhält".
- 3) Wie unten zu zeigen sein wird, führte die Ausdrucksweise des RG zu Missverständnissen bei Zoller.
- 4) Der vom RG verwendete Ausdruck "Befugnis" ist nach heutigem Verständnis jedenfalls doppeldeutig, weil darunter auch die Frage nach dem rechtlichen Dürfen verstanden werden kann.
- 5) vgl Legaldefinition in § 166 Abs 2 S. 1 BGB

jährigen Angeklagten. Ausgehend vom Begriff des Mandats, des Auftrags als eines Vertrages, durch welchen sich jemand einem anderen verpflichtet, dessen Willen gemäss Geschäfte zu führen (§§ 1295 ff des BGB für Sachsen) erklärte er: "Die Frage, ob jemand "Bevollmächtigter" ist, hat nicht bloss eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Natur". Denn "bei Anwendung des § 266 Zi 2 ist zwar nicht zwischen Vollmachtsauftrag und anderen Aufträgen, ebensowenig zwischen der Übertragung einzelner Geschäfte oder einer Gattung von Geschäften oder aller Geschäfte einer Person zu unterscheiden; auch erscheint es unerheblich, ob die Übertragung bzw. Übernahme des Übertragenen formlos gewesen ist. Erforderlich aber ist für die Anwendung der Bestimmung des § 266 Zi 2 eine wirkliche Übertragung der Ausführung von Geschäften, der namens des Machtgebers ausübenden Verfügungsgewalt und eine Übernahme der Verbindlichkeit zur Geschäftsführung". Diese Entscheidung betonte also vorwiegend das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, und verlangte hierfür eine rechtliche, nicht nur eine tatsächliche Grundlage. Dagegen liess sie - weil insoweit eine Veranlassung zur Entscheidung bei dem vorgelegten Sachverhalt nicht bestand - offen, welcher Art die vom Bevollmächtigten auszuführenden Geschäfte sein mussten, nämlich, ob diese auch in mechanischen, tatsächlichen Verrichtungen bestehen konnten oder nur in der Vornahme von Rechtsgeschäften. Aus der Wendung "Verfügungsgewalt" lässt sich Sicheres nicht entnehmen 1).

Der 1. Senat wandte sich in seiner ersten Entscheidung RGRspr 4, 393 dieser Frage zu und bejahte die Bevollmächtigteigenschaft für den Fall, dass der "Bevollmächtigte" Rechtsakte an Stelle seines Auftraggebers vornahm. Er erklärte hier, man könne dahingestellt sein lassen, ob zur Anwendung des § 266 Zi 2 jeder Auftrag genüge oder ob ein eigentlicher Vollmachtsvertrag erforderlich sei. Denn im vorliegenden Fall treffe jedenfalls ein Auftrag der letzteren Art zu, weil die Angeklagte nicht etwa als Botin eine mechanische Tätigkeit ausgeübt, sondern auf Grund einer ihr, wenn auch mündlich erteilten Vollmacht Rechtsakte an Stelle ihres Dienstherrn vorgenommen habe. Ausserdem rückte der 1. Senat in dieser Entscheidung vom Erfordernis eines Vollmachtsvertrages insofern ab, als er dessen das Aussenverhältnis betreffende Seite, die Vollmacht, einseitig herausstellte: "Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass ein Dienstverhältnis ein Bevollmächtigungsverhältnis nicht ausschliesst, insofern die dienstlichen Funktionen in der Vornahme von Rechtsakten an der Stelle des Machtgebers bestehen können ...".

1) Sie deutet allerdings wohl in Richtung auf eine Beschränkung auf die Vornahme von Rechtsgeschäften, weil diese Wendung später nur noch in diesem Sinn verwendet wird. Dagegen spricht aber, dass das RG den Bevollmächtigtenbegriff hier nicht auf den Vollmachtsauftrag beschränkt, der allein im Gegensatz zum gewöhnlichen Auftrag als einen Bestandteil die Vollmacht i. S. § 166 BGB enthält.

Die Frage ist freilich nicht weiter bedeutsam, da die folgenden Entscheidungen die Klarstellung bringen.

Eine grundlegende Entscheidung des 2. Senats in RGSt 7, 377 umriss den ursprünglichen Bevollmächtigtenbegriff des RG in allen Merkmalen. Sie verneinte die bisher noch offene Frage, ob die vom "Bevollmächtigten" für den Auftraggeber vorzunehmenden Geschäfte auch rein mechanischer, tatsächlicher Art sein konnten, und fasste die von den beiden anderen Senaten in den vorangegangenen Entscheidungen einseitig betonten Merkmale zusammen. Das RG hatte hier zu entscheiden, ob ein lediglich mit der Aufsicht über eine Waldparzelle, aber nicht mit der Verwertung von Walderzeugnissen betrauter Waldwärter als "Bevollmächtigter" anzusehen sei. Es lehnte dies unter Hinweis auf den Unterschied von Auftrag und Vollmacht nach der gemeinrechtlichen Doktrin und auf den Begriff des Vollmachtsauftrages gemäss dem preuss. ALR ab. Der Begriff der Vollmacht im Sinne des § 266 StGB erfordere "... immer die Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften ... Die Bevollmächtigung muss also die Übertragung einer Namens des Machtgebers auszuübenden Verfügungsgewalt enthalten...". Damit hat das RG zum ersten Mal klar ausgesprochen, dass "Bevollmächtigter" nur sein konnte, wem Vertretungsmacht übertragen war. Daneben war aber auch, wie sich aus der Wendung "Übernahme von Rechtsgeschäften" ergibt, ein wirksames Innenverhältnis, eine Verpflichtung zur Geschäftsführung erforderlich. Denn andernfalls wäre diese Wendung überflüssig, weil die Übertragung der Vertretungsmacht eine Annahmeerklärung des "Bevollmächtigten" nicht voraussetzt.

In späteren Entscheidungen wurde die Auffassung bestätigt, dass die Übertragung tatsächlicher Verrichtungen für einen anderen die Bevollmächtigteneigenschaft nicht begründe: So RGSt 11, 241 für einen zur Beaufsichtigung eines Fabrikbetriebs Angestellten und RGSt 50, 314 1) für einen Werkmeister.

Ausserdem verdeutlichte das RG nach zwei Richtungen, was unter der Übertragung von Rechtsgeschäften zu verstehen ist.

Es musste einmal um die Übertragung von Rechtsgeschäften im eigentlichen Sinn handeln. Die Übertragung sonstiger Handlungen, die Rechtsfolgen haben, genügte nicht. Darum lehnte das RG in RGSt 13, 195 die Bevollmächtigteneigenschaft eines Fischers ab, der seinen Fang jeweils ausnahmslos an den Gutsherrn abzuliefern hatte: "Der rein tatsächliche Akt der Besitzergreifung herrenloser Tiere kann trotz der damit verbundenen Rechtsfolgen nicht als Rechtsgeschäft bezeichnet werden, welches innerhalb des Vollmachtsverhältnisses der Bevollmächtigte für den Auftraggeber vollzieht".

Zum anderen war als "Bevollmächtigter" nur anzusehen, wem übertragen war, Rechtsgeschäfte für einen anderen durch Abgabe eigener Willenserklärungen

1) Diese Entscheidung zum Begriff des Bevollmächtigten i. S. des inzwischen weggefallenen § 329 Abs 3 StGB verweist auf die Rspr zu § 266 a. F. StGB. Die im folgenden besprochenen Entscheidungen RGSt 42, 211 und RGSt 43, 432 sind zugleich weitere Belege für diese Auffassung des RG, ebenso die spätere E RGSr 65, 401.

zustandezubringen. Es genügte nicht, dass die dem Beauftragten übertragene Tätigkeit auf andere Weise, etwa durch Vermittlung oder Übermittlung von fremden Willenserklärungen oder durch das Überbringen von Schriftstücken oder Geld, zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten beitragen sollte: "Das Entscheidende ist hierbei (erg. für die Frage, ob jemand mit der Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen betraut ist), dass der Bevollmächtigte eine rechtsgeschäftliche Selbsttätigkeit auszuüben hat und ausübt. Darin liegt das begriffliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber solchen Personen, die wie blosse Vermittler, Boten und dgl. zwar zur Mitwirkung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften berufen sein können, die Stellung eines Bevollmächtigten aber nicht haben" (RGSt 43, 432). Das RG verneinte daher die Bevollmächtigteneigenschaft von Agenten, soweit sie nur vermittelnde Tätigkeit auszuüben hatten (RGSt 26, 230) und von Boten und Überbringern einer Quittung gem. § 370 BGB (RGSt 42, 211).

Der für die Bevollmächtigteneigenschaft wesentliche Umstand, dass dem "Bevollmächtigten" die Vornahme von Rechtsgeschäften durch rechtsgeschäftliche Selbsttätigkeit übertragen sein musste, bedarf nach seiner Abgrenzung nach aussen noch in zweierlei Hinsicht der näheren inhaltlichen Bestimmung.

Es bleibt einmal zu klären, welche Arten das RG unter die von dem "Bevollmächtigten" vorzunehmenden Rechtsgeschäfte einbezog, ob nur Verfügungen oder auch Verpflichtungsgeschäfte. Dass die vom "Bevollmächtigten" vorzunehmenden Rechtsgeschäfte Verfügungen im heutigen technischen Sinn des Zivilrechts sein konnten, ergibt sich aus der vom RG stets als Synonym neben der "Übernahme von Rechtsgeschäften für einen anderen" gebrauchten Wendung "Einräumung einer Verfügungsgewalt namens eines anderen". Darunter können nur Verfügungen im technischen Sinn des heutigen Zivilrechts verstanden werden. Dabei wird nicht verkannt, dass der Begriff "Verfügung" seine technische Bedeutung erst mit Inkrafttreten des BGB erlangte ¹⁾. Aber aus dem im Tatbestand des § 266 Zi 2 enthaltenen "Verfügen über Forderungen oder andere Vermögensstücke" ist doch zu entnehmen, dass die "Verfügung" nach ihrer damaligen Bedeutung jedenfalls als Einwirkung auf bestehende Vermögensrechte zu begreifen war ²⁾, und vom RG auch verstanden wurde. Da nun das RG dem Begriff "Verfügungsgewalt" nirgends ausdrücklich eine andere Bedeutung beimaß als dem der "Verfügung", ist anzunehmen, dass es ihm denselben Sinn beilegen wollte. Die Wendung "Einräumung einer Verfügungsgewalt" besagt daher wegen der stets zu ihrer Erklärung synonym gebrauchten Wendung "Übertragung von Rechtsgeschäften", dass dem "Bevollmächtigten" die Rechtsmacht zur rechtlichen Einwirkung auf Vermögensrechte mit Wirkung für den Auftraggeber eingeräumt sein musste.

1) Mayer S. 72; Materialien S. 336

2) Ob nur in rechtlicher oder auch in tatsächlicher Hinsicht, wird bei der Untreuehandlung geklärt.

Dieser Bedeutung entspricht die heutige "Verfügung". Diese Auslegung der rg Definition wird im übrigen durch die Entscheidungen bestätigt, in denen das RG die Bevollmächtigteigenschaft von Personen bejahte, die nur "Verfügungen" im heutigen zivilrechtlich technischen Sinn vorzunehmen hatten 1).

Ob andererseits das RG verlangte, dass einem "Bevollmächtigten" stets die Vornahme von Verfügungen aufgetragen sein musste, oder ob es die Bevollmächtigteigenschaft auch bejahte, wenn der als "Bevollmächtigter" in Frage kommende den Auftraggeber nur bei der Vornahme von Verpflichtungsgeschäften vertreten sollte, lässt sich nicht mit Sicherheit klären. Denn das RG hat diese Frage in keiner Entscheidung ausdrücklich behandelt. Es ist jedoch anzunehmen, dass das RG die Möglichkeit, Verpflichtungsgeschäfte vorzunehmen, allein nicht für ausreichend hielt. Denn es gebrauchte zur Erklärung der Bevollmächtigteigenschaft stets auch die Wendung "Einräumung einer Verfügungsgewalt". Mit dieser Wendung wollte es, wie oben dargelegt, die von einem "Bevollmächtigten" vorzunehmenden Rechtsgeschäfte inhaltlich näher bestimmen. Unter den Begriff "Verfügungsgewalt" kann jedoch eine auf die Vornahme von Verpflichtungsgeschäften beschränkte Vollmacht nicht einbezogen werden.

Allerdings ist bei dieser Überlegung zu bedenken, dass das RG nicht veranlasst war, sich zu der eben aufgeworfenen Frage Gedanken zu machen, weil die Untreuehandlung nicht in einer Verpflichtung bestehen konnte und, sobald sie in einer Verfügung bestehen sollte, nur noch interessierte, ob dem Angeklagten Verfügungsgewalt übertragen war.

Zum anderen ist letztlich zu klären, ob das RG unter der rechtsgeschäftlichen Selbsttätigkeit des "Bevollmächtigten" nur die unmittelbare oder auch die mittelbare Stellvertretung verstand. Allgemeiner Anhaltspunkt ist auch hier, was das RG zum Begriff des "Bevollmächtigten" für wesentlich hielt: Die Möglichkeit der "Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen" bzw. "die Einräumung einer Verfügungsgewalt namens des anderen". Sowohl nach dieser allgemeinen Definition wie auch auf Grund zahlreicher Einzelentscheidungen 2) steht fest, dass "Bevollmächtigter" war, wer als unmittelbarer Stellvertreter handeln sollte.

Aber das RG bezog auch den mittelbaren Stellvertreter von Anfang an in den Bevollmächtigtenbegriff ein. Schon in RGSt 2, 186 war über das ungetreue Handeln eines mittelbaren Stellvertreters zu entscheiden. Das RG nahm ersichtlich als

1) RGSt 16, 241 (Ermächtigung zur Verpfändung von Wertpapieren); Recht 1912, Nr 2121 (Ermächtigung zur Einziehung einer an den Gläubiger abgetretenen Forderung); insbesondere dienen als Beleg alle Entscheidungen über den mittelbaren Stellvertreter als "Bevollmächtigten", weil diesem eine Vollmacht zur Vornahme von Verpflichtungsgeschäften, wenn er nach dem Willen des Auftraggebers im eigenen Namen auftreten sollte, nicht erteilt war.

2) vgl u. a. RGRspr 4, 393; RGSt 11, 412; RGSt 28, 155; RGSt 43, 432; Recht 1919, Nr 1016

selbstverständlich an, dass auch er "Bevollmächtigter" sei, denn es ging bei Annahme des § 266 a.F. mit keinem Wort darauf ein. RGSt 7, 377 erklärte ohne Veranlassung: "Wenn sich nun auch der Begriff der Vollmacht i. S. des § 266 StGB's nicht auf den Vollmachtsauftrag des preuss. ALR ... beschränkt, sondern auch den Fall umfasst, wenn der Dritte im eigenen Namen mit dem Dritten handeln soll, und deshalb ein Rechtsverhältnis zwischen dem letzteren und dem Auftraggeber nicht entsteht, so ...". An dieser Auffassung hielt das RG in späteren Entscheidungen 1) insbesondere über die Untreue des Kommissionärs stets fest.

Eine besondere Begründung hat das RG für diese seine Annahme nirgends gegeben, sondern allenfalls 2) auf seine allgemeinen Ausführungen zum Begriff des Bevollmächtigten verwiesen. Demnach konnte aber "Bevollmächtigter" nur sein, wem die Vornahme von Verfügungsgeschäften übertragen war 3). Der mittelbare Stellvertreter hat aber als solcher im eigenen Namen zu handeln, er kann daher Verfügungen "für einen anderen" nicht kraft Vollmacht, sondern nur kraft Ermächtigung gem. § 182 BGB vornehmen. Den Grund seiner Bevollmächtigteneigenschaft kann das RG daher nur in der Ermächtigung 4) gesehen haben. Die entsprechenden Wendungen, "Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen anderen", und "Verfügungsgewalt namens" betonten demzufolge weniger die Art, wie das Rechtsgeschäft vorgenommen werden sollte, als vielmehr die Tatsache, dass es Rechtswirkungen für einen Dritten erzeugte. Bestätigt wird diese Annahme durch sämtliche Entscheidungen zur Untreue des mittelbaren Stellvertreters bzw. Kommissionärs. In allen diesen Entscheidungen war der mittelbare Stellvertreter zur Vornahme des Erfüllungsgeschäfts ermächtigt.

1) RGSt 20, 358; JW 1914, S. 375, Nr 27; JR (Rspr) 1927, Nr 1618; RGSt 62, 31; HRR 1928, Nr 1176;

2) vgl RGRspr 5, 542: Zwischen Kommissionär und Kommittenten liege "in der Regel" ein Bevollmächtigtenverhältnis vor. Im vorliegenden Fall habe das Untergericht ohne Rechtsirrtum Bevollmächtigteneigenschaft angenommen, "da feststeht, dass der Angeklagte die Ausführung verschiedener Rechtsgeschäfte für H. übernommen und dieser ihm seine Verfügungsgewalt übertragen hatte (Aktienverkauf)".

3) Selbst wenn der Bevollmächtigte grundsätzlich auch nur mit Verpflichtungsgeschäften betraut sein könnte, könnte der mittelbare Stellvertreter insoweit niemals "Bevollmächtigter" sein, weil er seine Verpflichtungsgeschäfte nicht für einen anderen vornimmt. Er schliesst sie in eigenem Namen ab und wird aus ihnen berechtigt und verpflichtet. Dass er für fremde Rechnung handelt, besagt nur, dass die Erfüllungsgeschäfte einen anderen treffen.

4) Am Beispiel der Kommission: Der Einkaufskommissionär verfügt über die Mittel des Auftraggebers; der Verkaufskommissionär über die Ware des Auftraggebers. Zur Herausgabe der Gegenleistung ist er durch die Restitutionspflicht aus dem durch Ermächtigung begründeten Vertrauensverhältnis verpflichtet.

Der ursprünglich vom RG vertretene Begriff des "Bevollmächtigten" i. S. § 266 a.F. ist demnach wie folgt wiederzugeben: "Bevollmächtigter" ist, wer einem anderen gegenüber rechtlich zur Vornahme von Verfügungen im Namen oder mit Wirkung für diesen anderen verpflichtet und berechtigt ist, und wer zur Vornahme der Verfügungen bevollmächtigt oder ermächtigt ist; der Nachdruck liegt dabei auf dem Aussenverhältnis.

c) Vertretungsberechtigte Gesellschafter und Organe jur. Personen als Bevollmächtigte

Von Anfang an dehnte das RG den Bevollmächtigtenbegriff auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter von Personalgesellschaften und die Organe jur. Personen aus. Bereits RGSt 3, 35 hielt für möglich, dass die Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft "Bevollmächtigte" dieser juristischen Person seien. Eine Begründung dafür holte RGSt 7, 279 bezüglich der Vorstandsmitglieder einer AG nach: "Der Vorstand der AG ist . . . dasjenige Organ, welches die Gesellschaft nach aussen hin zu vertreten hat. In der Wahl eines Mitglieds des Vorstands und der Annahme der Wahl liegt daher der Abschluss eines Vertrages im Sinne des § 5. I. 13 ALR¹ s" 1) (7, 280).

Während das RG hier also noch mit der gekünstelt wirkenden Konstruktion des Abschlusses eines Vollmachtsauftrages operierte 2), zog RGSt 19, 271 die Konsequenzen aus der schon bisher geübten einseitigen Betonung eines wirksamen Aussenverhältnisses und stellte auf das Vorhandensein einer Vertretungsmacht als entscheidendes Kriterium ab. Demzufolge wurde die Herkunft dieser Vertretungsmacht, die beim Vollmachtsauftrag in einem ausdrücklich auf Bevollmächtigung gerichteten Rechtsgeschäft bestand, vernachlässigt. Der Begriff des "Bevollmächtigten" nach § 266 Zi 2 "setzt voraus - es genügt aber auch zu seiner Herstellung - das Bestehen einer privatrechtlichen Vertretungsbefugnis, der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten. Nicht erforderlich ist, dass eine solche Vertretungsbefugnis auf einem Vertrag beruhe, der ausschliesslich, oder auch nur unmittelbar die Erteilung eines Vollmachtsauftrages zum Gegenstand hat; ein Bevollmächtigungsverhältnis liegt auch vor, wenn die bezeichnete vermögensrechtliche Vertretungsbefugnis nur die mittelbare, aus dem Gesetz fliessende Folge eines anderen, weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses ist" (RGSt 19, 271). Mit dieser Entscheidung bejahte das RG die Eigenschaft eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einer

1) § 5 I 13 ALR ist der "Vollmachtsauftrag"

2) Die Entscheidungen RGRspr 5, 15 (Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft), RGRspr 8, 575 (Vorstandsmitglieder einer mit Corporationsrecht bestehenden Innung) und RGSt 19, 184 (Liquidator einer in Konkurs geratenen Genossenschaft) beruhen wohl auf derselben Begründung.

OHG als Bevollmächtigten der "als ein vermögensrechtlich selbständiges Rechtssubjekt sich darstellenden OHG, sowie mittelbar der übrigen Gesellschafter ...", nachdem es dargelegt hatte, dass und warum dieser zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt war.

In dieser Entscheidung klang auch der Grund an, der das RG zur einseitigen Betonung der Vertretungsmacht und infolgedessen zur Ausweitung des Bevollmächtigtenbegriffes veranlasst hat, nämlich die Überlegung, dass § 266 a.F. die mit der Übertragung einer Vertretungsmacht entstehende Treupflicht schütze, und dass es für die Entstehung dieser Treupflicht keinen Unterschied begründe, ob diese Vertretungsmacht dem Bevollmächtigten durch ausdrückliche Bevollmächtigung übertragen ist 1), oder ob sie ihm aus einem anderen Grund zukommt.

Die Ausdehnung des Bevollmächtigtenbegriffes auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter von Personalgesellschaften und die Organe jur. Personen bestätigten in der Folgezeit zahlreiche Entscheidungen 2).

d) Beamte als Bevollmächtigte

In konsequenter Fortführung seiner Grundsätze, die es zum Bevollmächtigtenbegriff insbesondere bezüglich der vertretungsberechtigten Gesellschafter von Personalgesellschaften und der Organe juristischer Personen entwickelt hat, dehnte das RG frühzeitig die Bevollmächtigteneigenschaft auch auf solche Personen aus, deren Vertretungsmacht im öffentlichen Recht wurzelte. Indem es als entscheidendes Kriterium des Bevollmächtigtenbegriffs die Tatsache ansah, dass dem "Bevollmächtigten" Vertretungsmacht eingeräumt ist, begründete es nach seiner Auffassung keinen Unterschied, nicht nur, ob diese Rechtsmacht auf Bevollmächtigung beruhte oder sich als gesetzliche Folge aus dem Abschluss eines weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertrages herleitete, sondern auch, ob sie im privaten oder im öffentlichen Recht wurzelte.

Die grundlegende Entscheidung RGSt 15, 41 zur Frage der Bevollmächtigteneigenschaft eines kommissarischen städtischen Bürgermeisters erklärte, das Dienstverhältnis unmittelbarer oder mittelbarer Staatsbeamter sei vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur. Es werde nicht durch Vertrag oder Auftrag begründet, sondern

1) "Selbst eine im Verhältnis der Gesellschafter untereinander gesetzlich bestimmte Unbeschränktheit wäre zwar mit dem Wesen des eigentlichen Vollmachtsvertrages, des Auftrages unvereinbar, aber nicht damit, dass der vertretungsberechtigte Gesellschafter kraft des ihm gesetzlich zustehenden Rechts der Vertretung des Gesellschaftsvermögens in Rechtsangelegenheiten die Stellung eines Bevollmächtigten in dem oben bezeichneten weiteren Sinn einnimmt".
RGSt 19, 271

2) RGSt 23, 97 (Vorstandsmitglieder eines freien Personenvereins); RGSt 23, 315 (Teilhaber einer OHG); RGSt 26, 246 (OHG); RGSt 38, 363 (Vorstand einer Hilfskrankenkasse); RGSt 43, 55 (Geschäftsführer einer BGB-Gesellschaft); JR (Rspr) 1926, Nr 200 (OHG); RGSt 66, 206 (Geschäftsführer einer GmbH).

durch Übertragung und Annahme eines Dienstes zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Diese Aufgaben könnten aber neben obrigkeitlichen auch wirtschaftliche sein. Der Beamte könne daher bei der Ausführung von Geschäften dieser Art als "Bevollmächtigter" angesprochen werden. Dass mit ihm kein Vollmachtsvertrag unter Beachtung der im BGB vorgeschriebenen Formen abgeschlossen sei, sei für § 266 Zi 2 gleichgültig, denn entscheidend sei, dass die Vornahme von Rechtsgeschäften für andere übertragen, eine Verfügungsgewalt namens derselben eingeräumt sei. Dies sei auch anzunehmen, wenn die Ausführung derartiger Geschäfte zu den Befugnissen und Pflichten eines übertragenen Amtes gehörten. Die Übertragung des Amtes enthalte dann einen generellen Auftrag zur "Geschäftsführung" mit dritten Personen. Zur weiteren Begründung seiner Auffassung verwies das RG auf § 266 Zi 1, der Personen umfasse, deren Verfügungsgewalt im öffentlichen Recht beruhe, auf das bürgerliche Recht, das den Gerichtsvollzieher als Bevollmächtigten anspreche, wenn er vom Gläubiger mit der Vornahme von Amtsgeschäften beauftragt sei 1), und auf seine Rspr zur Bevollmächtigteneigenschaft von Vorständen eingetragener Genossenschaften und Organmitgliedern einer AG, deren Verfügungsgewalt kraft Gesetzes bestehe. Endlich sei bei den Amtsdelikten ein dem § 266 a.F. gleicher Tatbestand nicht aufgeführt. Es sei aber nicht anzunehmen, dass ein Beamter weniger oder gar nicht gegenüber Nichtbeamten zur Verantwortung gezogen werden solle.

Diese Ausdehnung des Bevollmächtigtenbegriffes bestätigte das RG in RGSt 24, 109 für den Vorstand einer Städt. Sparkassenverwaltung in Preussen, in RGSt 39, 383 und insbesondere in RGSt 56, 101 für den Gerichtsvollzieher bei Abhaltung einer freiwilligen Versteigerung. In der zuletzt genannten Entscheidung setzte sich das RG mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen gegenteiligen Ansicht auseinander 2).

e) Das tatsächliche Treueverhältnis

Während das RG in den bisher besprochenen Entscheidungen neben der von ihm als Hauptkriterium des Bevollmächtigtenbegriffes betonten Vertretungsmacht

- 1) RGZ 16, 396 - Seit RGZ 82, 85 haben sich auch die Strafsenate der hoheitlichen Auffassung angeschlossen (vgl RGSt 61, 228)
- 2) vgl weiter die jedenfalls im Ergebnis hierher gehörenden Entscheidungen: RGSt 61, 1 (Leiter einer Kreissparkasse), RGSt 61, 228 (Gerichtsvollzieher als Bevollmächtigter des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung), JR (Rspr) 1927 Nr 985 (Vorsteher eines Postamtes), JR (Rspr) 1927 Nr 1359 (Forstkassenrendant), HRR 1928 Nr 188 (Bürgermeister als Bevollmächtigter einer Girokasse), HRR 1930 Nr 933 (Fleischbeschauer), RGSt 65, 277 (Gerichtsvollzieher), RGSt 65, 401 (Kommissarischer Bürgermeister), HRR 1934 Nr 535 (Notar als Bevollmächtigter des Staates bezüglich der Stempelsteuer), HRR 1934 Nr 1496 (Bürgermeister).

stets auch ein wirksames Innenverhältnis vorfand und forderte, erklärte es in einem letzten Entwicklungsschritt auch solche Personen zu "Bevollmächtigten", die kein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis mit dem Auftraggeber verband. Diese Entwicklung beginnt mit Sicherheit 1) mit RGSt 20, 262, dem Fall eines 17jährigen Bäckergehilfen, der für seinen Meister Brot zu verkaufen hatte. Das RG ging davon aus, dass der Auftrag nichtig sei, verwarf aber gleichwohl die Revision: "Der § 266 Zi 2, welcher zunächst aus sich selbst auszulegen ist, fordert schon nach seinem von der Revision mit Unrecht zu ihren Gunsten angerufenen Wortlaut zum Tatbestand des Vergehens der Untreue nichts weiter, als dass der Täter bevollmächtigt worden und infolgedessen in der Lage ist, über Vermögensstücke des Auftraggebers zu verfügen ... Weitere Erfordernisse, namentlich dasjenige, dass der Bevollmächtigte nach den Grundsätzen des Zivilrechts für solche absichtlich vorgenommene nachteilige Verfügungen dem Auftraggeber rechtsverbindlich verantwortlich sein solle, stellt § 266 nicht auf. Dieser Gesetzesstelle liegt vielmehr die Tendenz zugrunde, den Bruch besonderer Treueverhältnisse in der hier in Betracht kommenden Richtung strafrechtlich zu ahnden ...".

RGSt 41, 265 führte den Gedanken des tatsächlichen Treueverhältnisses weiter und verdeutlichte ihn. Das RG hatte hier über die Bevollmächtigteneigenschaft eines Angeklagten zu befinden, dem der Grundstückseigentümer den Hypothekenbrief über eine für den Angeklagten bestellte Hypothek, der eine Forderung nicht zugrunde lag, mit dem Auftrag übergeben hatte, eine Pfändung der Mietzinsen zu erwirken, um sie dem Zugriff der anderen Gläubiger zu entziehen. Das RG bejahte seine Bevollmächtigteneigenschaft: "... Den Umstand, dass das Vollmachtsverhältnis als gegen die guten Sitten verstossend zivilrechtlich nichtig ist, erachtet das Urteil in dieser Richtung für belanglos ... Versagt das Gesetz dem in § 266 Zi 2 vorausgesetzten Rechtsverhältnis die zivilrechtliche Wirksamkeit, so kann dennoch der "Bevollmächtigte" in die Lage kommen, sei es durch Ausübung einer ihm übertragenen Vertretungsbefugnis nach aussen, sei es durch Betätigung der ihm tatsächlich eingeräumten Verfügungsgewalt über eine Sache, in die Rechtsstellung des Machtgebers einzugreifen. Soweit dies geschieht, ist die in dem Vollmachtsverhältnis ruhende besondere Treupflicht begründet, deren Verletzung in § 266 Zi 2 mit Strafe bedroht ist. Denn es handelt sich hierbei nicht um eine nach zivilrechtlichen Grundsätzen aus dem Rechtsverhältnis sich ergebende Rechtsfolge, sondern um eine in dem tatsächlich bestehenden

1) Ob RGSt 14, 184, wie Zoller S. 16 annimmt, den Anfang darstellt, erscheint zumindest fraglich: Dies wäre nur anzunehmen, wenn aus dieser Entscheidung deutlich hervorginge, dass zwar kraft Rechtsscheine die Vertretungsmacht weiterbestand, aber kein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis mehr vorhanden war. Das RG stützt sich in diesem Urteil jedoch wesentlich auch auf die Restitutionspflicht, die zweifellos noch eine zivilrechtlich gültige Pflicht aus dem insoweit nach dem Widerruf wirksamen Auftrag ist.

Vertrauensverhältnis wurzelnde, durch seine Natur begründete und deshalb von der zivilrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht oder des ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts unabhängige Pflicht. Das Treueverhältnis, das jene Vorschrift unter ihren Schutz stellen will, greift schon da Platz, wo der Bevollmächtigte, - von der inneren Geschäftsführungsbefugnis abgesehen - die ihm übertragene Machtbefugnis nach aussen hin ausübt; ... Er handelt dann als "Bevollmächtigter" im strafrechtlichen Sinn, mag es auch an der rechtsgeschäftlich gültigen Grundlage seines Handelns fehlen. Er bricht, wenn er seine Ermächtigung oder Verfügungsgewalt zum Nachteil des Machtgebers missbraucht, das ihm erwiesene Vertrauen. Nur mit dieser Einschränkung ist es zu verstehen, wenn an den Begriff des Bevollmächtigten das Erfordernis der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung geknüpft wird".

Die Entscheidung ist allerdings insofern missverständlich, als man nach ihrem Wortlaut annehmen könnte, das RG sei nicht nur von dem Erfordernis eines rechtlich wirksamen Innenverhältnisses abgegangen, sondern verlange auch nicht mehr, dass dem Bevollmächtigten Vertretungsmacht eingeräumt sein müsse 1). Gegen diese Auffassung spricht jedoch einmal die vom RG in dem zu entscheidenden Fall angenommene Rechtslage, nämlich Nichtigkeit (§ 138 BGB) nur des Auftrags, nicht aber der Ermächtigung. Ausserdem verwendete das RG wiederholt, wie aus dem oben wiedergegebenen Zitat ersichtlich ist, die Ausdrücke Vertretungsbefugnis bzw. Machtbefugnis bzw. Verfügungsgewalt, die nur sinnvoll sind, wenn dem Bevollmächtigten wirksam Vertretungsmacht eingeräumt war. Endlich verwies das RG in dieser Entscheidung zur Begründung auf die früheren Entscheidungen RGSt 14, 184 und 20, 262; in diesen beiden Entscheidungen besass der Täter Vertretungsmacht (wenn auch in 14, 184 nur kraft Rechtsscheins).

Das RG ging also mit der Annahme der Bevollmächtigteneigenschaft auch in einem tatsächlichen Treueverhältnis davon aus, dass den Personen, denen wirksam Vertretungsmacht eingeräumt war, wegen der damit verbundenen Möglichkeit, in den Rechtskreis des Auftraggebers einzugreifen, von diesem besonderes Vertrauen erwiesen wurde. Diesem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnis entsprang nach seiner Auffassung die in § 266 Zi 2 geschützte Treupflicht des Bevollmächtigten gegenüber dem Auftraggeber. Für die Annahme der Bevollmächtigteneigenschaft kam es daher nicht mehr darauf an, ob auch ein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis die Geschäftsführungsbefugnis des Bevollmächtigten hinsichtlich der ihm übertragenen Vertretungsmacht regelte.

Die oben vertretene Interpretation der Entscheidung RGSt 41, 265 bestätigten die Entscheidungen des RG in Recht 1910 Nr. 1308 und JW 1922, S. 35, Nr. 1a. Sie nahmen an, dass dem Bevollmächtigten, auch wenn das Innenverhältnis nichtig war, jedenfalls Vertretungsmacht eingeräumt sein musste, und beriefen sich hierzu ausdrücklich auf RGSt 41, 265.

1) So Zoller S. 19, 20; wie hier Mayer S. 246, 253

Ausserdem verdeutlichten diese beiden Entscheidungen die Grenzen, innerhalb deren ein tatsächliches Vertrauensverhältnis nur vorliegen konnte. Für dessen Annahme genügte nicht, dass jemand schlechthin rechtsgeschäftlich auf das Vermögen eines anderen einwirken konnte. Erforderlich war vielmehr, dass diese Möglichkeit vom Auftraggeber eingeräumt war, dass dieser also einen das Vertrauensverhältnis begründenden Vertrauensakt gesetzt hatte 1).

Dieses Erfordernis war in den bisher besprochenen Entscheidungen zum tatsächlichen Treueverhältnis nicht weiter problematisch, weil hier die Vertretungsmacht stets auf der Bevollmächtigung durch den Auftraggeber beruhte, die Vollmacht im Sinne § 166 BGB also diesen Vertrauensakt darstellte.

In den Entscheidungen RGSt 61, 228 und 62, 15 hatte das RG die weitere Frage zu klären, ob eine tatsächliches Treueverhältnis in Fällen gegeben sein konnte, in denen die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten nicht auf eine durch den Auftraggeber erteilte Vollmacht zurückging, der Bevollmächtigte aber gleichwohl durch Rechtsgeschäft auf dessen Vermögen einwirken konnte, ohne dass ein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis bestand.

RGSt 62, 15 erklärte den Prokuristen einer Bank zum Bevollmächtigten der Bankkunden, obwohl diese nur der Bank Vollmacht erteilt hatten. Zwar liege, so führte das RG aus, kein Vollmachtsverhältnis des bürgerlichen Rechts (§ 164 BGB) zwischen Prokurist und Bankkunden vor, aber dem Prokuristen sei durch die Prokura die Vertretung der Bank und damit die Möglichkeit übertragen, in dieser Stellung eines Vertreters der Bank, die ihrerseits Vollmacht der Kunden besitze, Rechtsgeschäfte mit Wirkung für die Bankkunden vorzunehmen. Bezüglich des zur Begründung des Vertrauensverhältnisses und damit der Treupflicht im Sinne des § 266 erforderlichen Vertrauensaktes prüfte das RG, "ob die Verhältnisse, unter denen hier die tatsächliche Leitung des Geschäfts den Angeklagten uneingeschränkt überlassen war, den Bankkunden bekannt waren, und ob demgemäss diese bei der Erteilung ihrer Aufträge wussten, dass in Wirklichkeit es von dem Verhalten und der Vertrauenswürdigkeit der Angeklagten abhing, in welcher Weise über die der Bank "zur Verwahrung und Verwaltung", also auch zu rechtsgeschäftlichen Massnahmen übergebenen Wertpapiere verfügt werde. Legten die Kunden angesichts einer solchen ihnen bekannten oder wenigstens vorausgesetzten Sachlage durch die Erteilung des Auftrags an das Bankgeschäft auch nur rein tatsächlich seine

1) vgl. Recht 1910, Nr 1308; "Der Begriff des Bevollmächtigten i. S. § 266 Nr 2 erfordert zwar nicht, dass die dem Beauftragten eingeräumte Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten auf einem nach bürgerlichem Recht gültigen Vertrag beruhe (20, 262; 41, 265); notwendig ist aber, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Bevollmächtigten unmittelbar ein vertragsähnliches Verhältnis besteht. Nur eine solch enge Beziehung vermag für den Bevollmächtigten die besondere Pflicht zur Treue zu erzeugen, deren Verletzung in § 266 unter Strafe gestellt ist".

Ausführung bewusst und den Angeklagten ebenfalls erkennbar in deren Hände, so reicht das für § 266 Abs 1 Zi 2 aus" (RGSt 62, 15, 21). Diese Entscheidung 1) sah also zwar ebenfalls den zur Begründung des Vertrauensverhältnisses erforderlichen Vertrauensakt in der Vollmachtserteilung, hielt aber für möglich, dass dadurch ein Vertrauensverhältnis auch mit den Stellvertretern des "Bevollmächtigten" begründet wurde, die an dessen Stelle die Befugnisse aus der erteilten Vollmacht ausübten, wenn die Vollmacht an den eigentlichen Bevollmächtigten in Kenntnis dieser Umstände erteilt war.

RGSt 61, 228 befasste sich noch einmal mit der Frage, ob der Gerichtsvollzieher durch den Vollstreckungsauftrag "Bevollmächtigter" des Gläubigers werde. Diese vom RG in RGSt 11, 412 im Hinblick auf die frühere zivilrechtliche Lehre als selbstverständlich vertretene Auffassung 2) bedurfte wegen des Wandels der zivilrechtlichen Anschauung zumindest der Überprüfung. Nach neuerer zivilrechtlicher Ansicht (seit RGZ 82, 85) wird der Gerichtsvollzieher nicht vom Gläubiger beauftragt und bevollmächtigt, sondern der Vollstreckungsantrag des Gläubigers ist lediglich Veranlassung für den Gerichtsvollzieher, die ihm kraft Gesetzes zustehende hoheitliche Machtbefugnis auszuüben. Lediglich bezüglich der Empfangnahme von Zahlungen gilt der Gerichtsvollzieher gemäss § 754 ZPO als vom Gläubiger ermächtigt. Das RG meinte unter Hinweis auf seine in RGSt 41, 265 und 61, 1 dargelegten Grundsätze zum tatsächlichen Treueverhältnis, es brauche zu der von Zivilsenaten vertretenen Auffassung nicht Stellung zu nehmen: "Das Treueverhältnis, das jene Vorschrift unter ihren Schutz stellen will, greift schon Platz, wo jemand auch nur rein tatsächlich durch das Vertrauen eines anderen bestellt wird, Handlungen im Rechtssinne für ihn vorzunehmen..." Nach dieser Entscheidung musste also der zur Begründung des Vertrauensverhältnisses erforderliche Vertrauensakt des Auftraggebers nicht notwendig in der Erteilung der Vollmacht oder wenigstens in "mittelbarer" Vollmachtserteilung bestehen, sondern es genügte, wenn eine sonstige Handlung des Auftraggebers dem "Bevollmächtigten" erlaube, von der aus anderen Gründen bestehenden Vertretungsmacht Gebrauch zu machen. Allerdings fasste das RG hier auch den Begriff

1) vgl. RGSt 61, 174: Im Einverständnis mit dem Auftraggeber vom ursprünglich Bevollmächtigten Unterbevollmächtigter wird "Bevollmächtigter" des Auftraggebers.

RGSt 63, 251: Geschäftsführer einer mit Verkaufskommission beauftragten GmbH ist "Bevollmächtigter" des Kommittenten, weil er "tatsächlicher Vollmachtsträger" sei.

2) RGSt 56, 101 formulierte schon vorsichtiger und zurückhaltender: "In einer solchen Rechtsstellung eines Bevollmächtigten befindet sich aber der Gerichtsvollzieher jedenfalls dann, wenn er nicht Zwangsvollstreckungshandlungen, sondern eine freiwillige Versteigerung vornimmt..."

"Vertretungsmacht" weiter als sonst. Es verstand hierunter 1) auch die dem Gerichtsvollzieher eingeräumte Rechtsmacht, kraft hoheitlicher Gewalt Rechtswirkungen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts mit Wirkung für einen anderen hervorzurufen. Dagegen beinhaltete der bisher verwendete Begriff der Vertretungsmacht zwar nicht nur die Vollmacht im Sinne des § 166 BGB, sondern auch die gesetzliche Vertretungsmacht; aber es verstand unter Vertretungsmacht doch nur die Rechtsmacht, durch Vornahme von Rechtsgeschäften Rechtswirkungen für einen anderen zu erzeugen.

Die insoweit vertretene Auffassung hat das RG jedoch nie bestätigt. Die Entscheidung RGSt 61, 228 wird man daher nicht verallgemeinern dürfen, sondern muss sie wohl als Versuch ansehen, die Einbeziehung des Gerichtsvollziehers unter den Tatbestand des § 266 a.F., die vom RG offenbar als erforderlich angesehen wurde, auch nach dem Wandel der diesbezüglichen zivilrechtlichen Auffassung zu halten.

f) Der Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft

Die bisherigen Untersuchungen dieses Kapitels dienten der Feststellung, wie das RG den Begriff des "Bevollmächtigten" allgemein auslegte. Sie liessen daher die Untreuehandlung ausser acht. Die eigentliche für die Auslegung des § 266 bedeutsame Frage, ob jemand als "Bevollmächtigter" verfügte, ist damit jedoch nur insoweit erschöpfend beantwortet, als die Verfügung zweifelsfrei in den Rahmen des in § 266 vorausgesetzten Vertrauensverhältnisses fiel. Zu ihrer vollständigen Beantwortung müssen nunmehr die Grundsätze des RG aufgezeigt werden, die sich mit der Abgrenzung der in § 266 geschützten Treupflicht befassen.

aa) Sachlicher Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft

Mit der Frage nach dem sachlichen Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft soll geklärt werden, in welchem Umfang ein "Bevollmächtigter" nach der Auffas-

-
- 1) Diese Interpretation ist veranlasst, wenn man nicht annehmen will, das RG habe die von den Zivilsenaten vertretene moderne Auffassung über die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers im Verhältnis zum Gläubiger falsch dahin verstanden, dass es sich auch hier um Vertretungsmacht im echten Sinn kraft Gesetzes handle.

Einen Anhaltspunkt hierfür könnte die Wendung in RGSt 61, 228 darstellen: "Hiernach wird das durch den Vollstreckungsauftrag begründete Treueverhältnis und die in ihm wurzelnde tatsächliche Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers i. S. des § 266 Abs 1 Nr 2 nicht davon berührt, dass dieser bei der Durchführung derartiger Aufträge kraft öffentlichen Rechts in amtlicher Eigenschaft tätig wird und seine Vertretungsmacht kraft Gesetzes ausübt ... (61, 228, 231).

sung des RG bei Gleichbleiben der die Bevollmächtigteneigenschaft begründenden Umstände durch die in § 266 geschützte Treupflicht gebunden war, welche für § 266 an sich tauglichen Untreuehandlungen also dieser Treupflicht unterstanden und sie verletzten.

Das RG beschäftigte sich mit dieser Frage zum ersten Mal in RGSt 28, 155 und erklärte: "Indessen findet diese Anwendbarkeit (erg. : Des § 266 Zi 2) ihre Schranke in den Grenzen der dem Bevollmächtigten obliegenden Befugnisse und ist ausgeschlossen, sobald die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen, sei es objektiv oder subjektiv, ausserhalb dieser Grenzen liegen, sobald dieselben also nicht mehr zu denjenigen Geschäften gehören, zu deren Vornahme er vermöge der ihm erteilten Vollmacht berechtigt war". Dass das RG mit diesen allerdings sehr missverständlichen Formulierungen die Treupflicht nicht etwa derart unsinnig begrenzen wollte, dass nur die nach dem Innenverhältnis erlaubten Verfügungen des Bevollmächtigten ihr unterstanden, verdeutlichte 1) RGSt 32, 26: "Es ... hat in der Entscheidung vom 4. 2. 96 (erg. RGSt 28, 155) nicht ausgesprochen werden sollen, dass der § 266 Zi 2 nur Anwendung findet, wenn der Bevollmächtigte eine solche Handlung vorgenommen habe, zu deren Vornahme er berechtigt war, denn der § 266 Zi 2 setzt gerade eine Verletzung der dem Bevollmächtigten obliegenden Pflichten ... voraus. Der bezügliche Passus in der Entscheidung vom 4. 2. 96 kann nur dahin verstanden werden, dass die Vorschrift des § 266 Zi 2 keine Anwendung finde, wenn die benachteiligende Verfügung ausserhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrag stehe und nicht eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten enthalte ...". Wann der vom RG hier geforderte Zusammenhang einer Verfügung mit dem erteilten Auftrag vorlag, erklärte das RG erst in LZ 1920, S. 900, Nr. 8: "Die Revision verkennt den Unterschied zwischen einer ausserhalb des Vollmachtsverhältnisses liegenden, also ausserhalb jedes Zusammenhanges mit der Vollmacht stehenden Verfügung und einer solchen, die unter Missbrauch der durch die Vollmacht tatsächlich gegebenen Verfügungsbefugnisse vorgenommen wird (32, 26) ...". Die dem "Bevollmächtigten" obliegende Treupflicht ging nach Auffassung des RG also nur so weit, als dem Bevollmächtigten Vertretungsmacht eingeräumt war. Dies ergibt sich aus der Wendung "tatsächlich gegebene Verfügungsbefugnisse". Denn das RG bezeichnete mit Verfügungsbefugnis, wie oben dargelegt, nur die Rechtsmacht zu rechtsgeschäftlichem Handeln für fremdes Vermögen, nicht etwa auch die Möglichkeit, sonstige Handlungen vorzunehmen. Der Ausdruck "tatsächlich gegeben" besagt, dass die Ausübung dieser Vertretungsmacht ausserhalb des durch das Innenverhältnis dem Bevollmächtigten eingeräumten rechtlichen Dürfens lag. Das RG führte mit dieser Begrenzung der dem Bevollmächtigten obliegenden Treupflicht also seine Überlegungen zum tatsächlichen Treueverhältnis konsequent zu Ende. Die vom Auftraggeber eingeräumte Möglichkeit zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen

1) vgl auch: RGSt 19, 271; Recht 1910, Nr 1185; Recht 1910, Nr 1307.

über sein Vermögen, die das Vertrauensverhältnis und die in ihm wurzelnde Treupflicht begründete, stellte auch die Grenze dieser Treupflicht dar. Die Pflicht zur Treue gegenüber dem Auftraggeber bestand für den Bevollmächtigten nur in dem Umfang, in dem ihm jener Vertrauen erwiesen hatte.

bb) Zeitlicher Umfang der Bevollmächtigteneigenschaft - Widerruf der Vollmacht

Die Entscheidungen, die zum Widerruf der Vollmacht ergangen sind, beruhen zwar zum Teil auf Erwägungen, die in den vorhergehenden Abschnitten dargestellt sind. Die Darstellung dieser Rspr in einem eigenen Abschnitt rechtfertigt sich aber einmal, weil damit geklärt wird, wie lange jemand als "Bevollmächtigter" handeln konnte. Im übrigen ist eine zusammenhängende Behandlung dieser Rspr auch deshalb geboten, weil die Rechtswirkung des Widerrufs einer Vollmacht je nach Sachlage verschieden ist. Die bisherigen Untersuchungen zum Bevollmächtigtenbegriff gingen von der stillschweigenden Annahme aus, dass der "Bevollmächtigte" während des Zeitraums ungetreu handelte, in dem die für die Begründung der Bevollmächtigteneigenschaft wesentlichen Verhältnisse unverändert bestanden. Die Frage nach der Dauer der Bevollmächtigteneigenschaft geht nun dahin, ob und bei welchen Verfügungen nach Widerruf der Vollmacht der Täter unter der Bindung der in § 266 Zi 2 geschützten Treupflicht stand.

Die massgeblichen Gesichtspunkte, an denen das RG in der Folgezeit bei der Lösung dieser Frage in st. Rspr festhielt, finden sich in RGSt 14, 184. Das RG hatte hier über die Bevollmächtigteneigenschaft eines Angeklagten zu befinden, der von seinem Auftraggeber akzeptierte und von dessen Ehefrau und dessen Vertreter in blanco girierte Wechsel mit dem Auftrag erhalten hatte, sie zu diskontieren. Der Angeklagte begab die Wechsel erst, nachdem der Auftrag widerrufen war, und bedung sich die Zahlung eines Teils der Valuta an sich aus. Hier war also sowohl der Auftrag als auch die Vollmacht widerrufen 1). Das RG erklärte zu der Frage, ob die Bevollmächtigteneigenschaft des Angeklagten wegen des Widerrufs der Vollmacht zweifelhaft sei: "Wegen des Widerrufs der Vollmacht ist der Angeklagte nicht mehr bevollmächtigt, aber gerade jetzt besteht die Pflicht zur Restitution dessen, was er in Händen hat, an den Auftraggeber. Während eine zivilrechtliche Verbindlichkeit regelmässig nur zivilrechtlich geschützt ist, ist sie es hier im speziellen Verhältnis auch strafrechtlich. Daher ist zu fragen, ob nicht solange das Rechtsverhältnis geschützt ist, als der widerrufene Auftrag noch die Pflicht zur Restitution erzeugt. Der widerrufene Auftrag wirkt bezüglich der Restitutionspflicht genauso nach, wie ein ausgeführter Auftrag, oder einer, dessen Ausführung unmöglich ist. Dem Machtgeber gegenüber ist der Beauftragte Bevollmächtigter, auch wenn er Dritten gegenüber als Bevollmächtigter nicht mehr auftreten kann oder darf.

1) Die Entscheidung erging vor 1900, aber das RG nahm ersichtlich die den §§ 671, 168 BGB entsprechende Rechtsfolge an.

Jedenfalls ist § 266 Zi 2 gegeben, wenn der Bevollmächtigte nach Widerruf der Vollmacht unter Missbrauch der widerrufenen Vollmacht ... verfügt. In Betracht kommt, dass der Bevollmächtigte nach dem Widerruf rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, auf Grund der widerrufenen Vollmacht über das Vermögen mit Rechtswirkung gegenüber gutgläubigen Dritten zu verfügen ..."

Die vom RG hier zur Begründung der Bevollmächtigteneigenschaft gemeinsam herangezogenen Gesichtspunkte waren jedoch, wie sich aus den Entscheidungen RGSt 36, 133 und 45, 434 ergibt, grundsätzlich voneinander unabhängig und konnten jeder für sich die Bevollmächtigteneigenschaft begründen 1). Das RG unterschied also hinsichtlich der nach dem Widerruf der Vollmacht vom "Bevollmächtigten" getroffenen Verfügungen zwischen solchen, die sich auf Vermögensstücke bezogen, die er vor dem Widerruf der Vollmacht zur Ausführung des Auftrags oder aus dessen Ausführung erhalten, und Verfügungen über Vermögensstücke, die er erst nach dem Widerruf der Vollmacht erlangt hatte.

Im ersten Fall handelte der Täter als "Bevollmächtigter", denn das durch Erteilung der Vollmacht begründete Vertrauensverhältnis und die in ihm wurzelnde Treupflicht beinhalteten neben anderen Pflichten notwendig die zur Herausgabe des vom oder für den Auftraggeber Erlangten und wirkten insoweit, wie RGSt 14, 184 darlegte, bis zu ihrer Erfüllung nach 2). Die Auffassung des RG, die nur für Fälle des widerrufenen Auftrags dargelegt ist, gilt genauso, wenn nur die Vollmacht widerrufen war, der Auftrag aber weiterbestand.

Ob der "Bevollmächtigte" ausserdem trotz des Widerrufs der Vollmacht kraft Rechtsscheins gutgläubigen Dritten gegenüber rechtswirksam über Vermögen des Auftraggebers verfügen konnte oder nicht, war für die Bevollmächtigteneigenschaft auf Grund der Restitutionspflicht gleichgültig. Dieser Umstand konnte lediglich die Bevollmächtigteneigenschaft auch aus diesem zusätzlichen Grund begründen und war im übrigen lediglich für die Art der dem "Bevollmächtigten" noch möglichen Verfügungen bedeutsam.

Im zweiten Fall kam eine solche Nachwirkung der Treupflicht nicht in Betracht. Daher konnte hier der Verfügende nach Auffassung des RG nur als "Bevollmächtigter" handeln, soweit das Vertrauensverhältnis, das die Treupflicht erzeugte, noch bestand, was wiederum von dem Weiterbestehen der Rechtsmacht zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen über fremdes Vermögen abhing. Eine solche Rechtsmacht bestand trotz des Widerrufs der Vollmacht in den Fällen, in denen der Täter kraft Rechtsscheins gutgläubigen Dritten gegenüber rechtswirksam über das Vermögen

1) vgl RGSt 36, 133; In der Entscheidung RGSt 14, 184 "ist die Möglichkeit der Weiterwirkung des Vollmachtsvertrages auch nach aufgehobener Vollmacht nur für zwei Fälle erörtert ..."

2) vgl zur Bevollmächtigteneigenschaft wegen der Restitutionspflicht: Recht 1907, Nr 3887; LZ 1932, 1154; HRR 1933, Nr 1383.

gen des Auftraggebers verfügen konnte 1). Diese Rechtsmacht liess das Vertrauensverhältnis weiterbestehen, weil sie sich als Auswirkung des mit der Vollmachterteilung erwiesenen Vertrauens darstellte. Ob der Auftrag weiterbestand, war nach den vom RG entwickelten Grundsätzen über das tatsächliche Treueverhältnis gleichgültig.

2) Die Untreuehandlung des § 266 Abs 1 Zi 2 StGB a.F.

Die Tathandlung bestand bei der Bevollmächtigtenuntreue im Gegensatz zu § 266 Zi 1 nicht schlechthin im nachteiligen Handeln, sondern war auf das "Verfügen über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers" beschränkt. Diese Beschreibung der Tathandlung erklärte sich aus dem gesetzgeberischen Zweck der Bestimmung über die Bevollmächtigtenuntreue und machte ihn zugleich besonders deutlich: § 266 Zi 2 bezweckte, wie das RG in RGSt 10, 72 ausführte, "eine durch das praktische Bedürfnis gebotene Ergänzung der Vorschriften über Unterschlagung, insofern die letzteren diejenigen Fälle rechtswidriger Verfügung über fremde Vermögensrechte nicht treffen, deren Gegenstand entweder überhaupt nicht eine körperliche Sache, sondern eine Forderung, oder eine Sache bildet, die sich nicht im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindet".

Das RG hatte sowohl den Begriff der "Verfügung" als auch den des "Vermögensstücks" erst zu ermitteln, weil beiden Ausdrücken bei Inkrafttreten des StGB eine rechtlich technische Bedeutung nicht zukam. Es ging bei der Auslegung von der Wendung "Vermögensstück" aus. Aus ihrer grundsätzlichen Bedeutung und zunächst auch aus der Eigenart des jeweiligen Vermögensstücks klärte es dann den Begriff der Verfügung. Dementsprechend wird die Rspr in dieser Reihenfolge dargestellt. Darüberhinaus hatte sich das RG ausführlich mit der Frage zu befassen, in welchen Fällen ein Vermögensstück des Auftraggebers vorliege. Die Beantwortung dieser Frage hing wiederum zum Teil von der Auslegung des Begriffs "Verfügen" ab. Demgemäss wird die Rspr zu dieser Frage an dritter Stelle behandelt.

a) Vermögensstück

Den Begriff des Vermögensstücks bestimmte das RG in der grundlegenden Entscheidung RGSt 10, 72 aus dem Wortlaut des § 266 Zi 2. Aus der Wortfassung "Forderungen und andere Vermögensstücke", die das Vermögensstück als Oberbegriff ansah und als Beispiel eines solchen die Forderung nannte, folgerte es, "dass unter den "Vermögensstücken" Einzelobjekte zu verstehen seien, welche als sol-

1) vgl für §§ 674, 169 BGB; Recht 1907, Nr 3887; RGSt 45, 434;

für §§ 170 - 173 BGB allgemein; RGSt 45, 434;

für einzelne der in §§ 170 - 173 BGB geregelten Fälle: RGSt 14, 184 (vor dem BGB); RGSt 36, 133; RGSt 47, 428; LZ 32, 1154.

che in dem Aktivvermögen des Auftraggebers bereits vorhanden sind und zur Zeit der Verfügung Bestandteile desselben bilden". Als "Vermögensstücke" sah die Rspr demnach ausser den in § 266 Abs 1 Zi 2 ausdrücklich genannten Forderungen alle subjektiven Rechte bzw. die durch ein subjektives Recht erfassten Sachen an. Insbesondere fielen auch Wertpapiere im engeren Sinn, also Urkunden, bei denen das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt, unter den Begriff des Vermögensstücks, vor allem der begebene Wechsel. Denn hier ist die Urkunde der selbständige Bestandteil des Vermögens, in dem sich das in der Urkunde verbriefte Recht verkörpert. An dieser grundsätzlichen Begriffsbestimmung des "Vermögensstücks" hielt die Rspr während der gesamten Dauer der Gültigkeit des § 266 a.F. fest. Der Anwendungsbereich des Tatbestandmerkmals "Vermögensstück" wurde jedoch über die an sich nur hierunter zu begreifenden Vermögensrechte hinaus dadurch erstreckt, dass die Rspr nicht ausschliesslich vom juristischen Begriff des Vermögens als Summe der Vermögensrechte einer Person ausging, sondern das Vermögen wirtschaftlich als Gesamtheit der wirtschaftlichen Werte verstand.

Aus diesem Grund sah das RG in Einzelfällen auch solche Urkunden als Vermögensstücke an, die zwar rechtlich keine selbständige Bedeutung haben, sondern das Schicksal des in ihnen verbrieften Rechts teilen, aber doch für sich einen wirtschaftlichen Wert besitzen: So hielt RGSt 41, 265 einen Hypothekenbrief über eine Eigentümerhypothek für ein "Vermögensstück". Denn "der Hypothekenbrief wie- wohl nicht Träger des Hypothekenrechts, hat dennoch eine selbständige, vermögensrechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, wie sie der Begriff des Vermögensstücks in jener Vorschrift erfordert ..." 1). Ähnlich begründete RGSt 46, 144 die Eigenschaft eines Kuxscheines als "Vermögensstück". Wenn ein solcher Kuxschein auch nicht Träger des Kuxrechtes sei, sondern nur einen Nachweis hierfür darstelle, "so hat er doch schon wegen dieser letzten Eigenschaft einen selbständigen Vermögenswert ..." 2). Ob auch blossе Beweisurkunden als Vermögensstücke gelten konnten, liess das RG in GA 59, 122 für Bestellscheine dahingestellt; in JR (Rspr) 1927, Nr. 984 verneinte es diese Frage für den Schuldschein und eine den Auftraggeber verpflichtende Bürgschaftsurkunde.

Wesentlich bedeutsamer als diese Einzelentscheidungen ist die Rspr, dass ein ausgestellter oder akzeptierter, aber noch nicht begebener Wechsel ein Vermögensstück war. Das RG hielt seit RGSt 10, 72 grundsätzlich daran fest, dass der Wortlaut und Zweck des § 266 es verbiete, die Belastung des Vermögens als Un-

1) vgl auch RGSt 61, 174 bezüglich des Grundschuldbriefes.

2) Dass auch Depotscheine Vermögensstücke seien, hat das RG in RGSt 26, 111 nicht, wie Zoller S. 23 annimmt, ausgesprochen, sondern ausdrücklich offen gelassen: "Da ... das Urteil wegen Verkennung dieser Rechtslage der Aufhebung unterliegt, so bedarf es nicht der Erörterung, ob die Depotscheine, obgleich sie einen selbständigen Vermögenswert nicht haben, doch als Bestandteil des Vermögens und als Vermögensstücke ... anzusehen sind".

treuehandlung im Sinne des § 266 Abs 1 Zi 2 anzusehen, weil dadurch kein Einzelbestandteil des Aktivvermögens betroffen werde. Demzufolge hätte auch ein nicht begebener Wechsel in der Hand des Ausstellers oder Akzeptanten nicht als Vermögensstück behandelt werden können, weil er ja lediglich eine verbrieft, aber noch nicht aktualisierte Belastung des Vermögens darstellt, aber kein Aktivum ist. Gleichwohl erklärte bereits RGSt 19, 386 (3-7) bezüglich eines dem Bevollmächtigten vom Auftraggeber übergebenen Wechselakzepts, es unterliege keinem Bedenken, dass das Wechselakzept des Auftraggebers bis zur Begebung als ein dem Auftraggeber gehöriges Vermögensstück anzusehen sei: "Eine Schuldobligation des Akzeptanten wird erst durch die Begebung geschaffen. Bis dahin ist das Akzept ein Wertobjekt des Akzeptanten, über welches dieser im Geschäftsverkehr zum eigenen Vorteil disponieren kann und dessen Wert für den Akzeptanten sich gerade dadurch manifestiert, dass derselbe durch die Begebung mit einer Schuld in Höhe der Wechselsumme belastet wird". RGSt 13, 376 holte die ausführliche Begründung für diese Auffassung nach. Die Entscheidung ging davon aus, dass weder "die ausschliessliche Betrachtung eines Wechsels aus dem Gesichtspunkt der körperlichen Sache und des Eigentums an dieser, noch die ebenso ausschliessliche Betrachtung desselben aus dem Gesichtspunkt der obligatorischen Wechselverhältnisse das Wesen der Sache erschöpft". Diese Betrachtungsweisen könnten freilich nicht zur Annahme eines Vermögensstücks führen. Im Wechsel seien aber das dingliche und das obligatorische Element dergestalt miteinander verbunden, "dass beide in ihrer vermögensrechtlichen Bedeutung modifiziert erscheinen". Der Akzeptant habe ein wesentliches Interesse an der Fortdauer seines Eigentums und Besitzes an dem von ihm mit seinem Akzept versehenen Wechselformular, weil er bei Verlust des Wechselakzepts einem gutgläubigen wechselrechtlich legitimierten Inhaber hafte. Deshalb sei das Wechselakzept ein Objekt von Wert oder ein Vermögensstück. Denn einen Vermögenswert könne eine Sache nicht nur dadurch haben, dass sie ihren Inhaber bereichere, sondern auch dadurch, dass sie ihn vor Verlusten schütze. RGSt 23, 315 griff in dem Bestreben, die Eigenschaft des Akzepts als Vermögensstück nicht aus dem Gesichtspunkt des Schutzes vor Verlust begründen zu müssen, auf die in RGSt 10, 386 anklingenden Gedanken zurück; Das Wechselakzept könne vermögensrechtlich und wirtschaftlich betrachtet nicht nur für den Wechselgläubiger, sondern auch für den Akzeptanten schon vor der Besitzentäusserung positiven Wert haben, gerade weil der Wechsel durch die Beisetzung des Akzepts Träger einer Forderung werde, deren formale Natur es ermögliche, sowohl zu entstehen als auch durch Konfusion nicht sofort unterzugehen, wenn und obgleich Schuld und Forderung in einer Person zusammenträfen. Ob das Akzept im Einzelfall solchen Wert habe, hänge von ähnlichen Umständen ab wie der Wert einer Forderung. Ein unlauffähiges Akzept habe jedenfalls seinen Wert schon an sich und erhalte ihn nicht erst durch die Annahme. Letztere sei nur die Folge und Bestätigung des Wertes, die Anerkennung, dass die Voraussetzung des Wertes, der Kredit des Akzeptanten vorhanden sei und sein Erzeugnis den Wert der Valuta habe. Die Ent-

scheidung erklärte auch nicht begebene Blankoakzepte zu Vermögensstücken. Auch diese Akzepte hätten selbständigen Wert, weil sie bereits Träger des Wechselversprechens seien. Sie seien umlaufsfähig und hätten wegen der Möglichkeit ihrer Ausfüllung Verkehrswert. In RGSt 26, 246 betrachtete das RG aus denselben Gründen, die es bezüglich Wechselakzepten als Vermögensstücken angeführt hatte, auch lediglich vom Aussteller gezeichnete und indossierte, aber nicht akzeptierte Wechsel vor ihrer Begebung als Vermögensstücke.

In der Folgezeit hat das RG diese seine Rspr zum nicht begebenen, mit mindestens einer wechselrechtlichen Erklärung versehenen Wechsel wiederholt bestätigt¹⁾. Im übrigen kehrten in Entscheidungen des RG noch häufiger der zugesicherte Kredit und der Individualanspruch als Vermögensstück wieder. Besonderheiten zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Vermögensstück" sind darin nicht enthalten. Die Rspr zur Frage, wann die eigennützige Inanspruchnahme eines dem Auftraggeber eingeräumten Kredits durch den Bevollmächtigten Untreue sei, wies auf der Suche nach einem der Untreue zugänglichen Vermögensstück des Auftraggebers darauf hin, dass die Zusicherung eines Kredits unter Umständen dem Empfänger (Auftraggeber) schon ein Recht von Vermögenswert - also ein Vermögensstück - verleihen könne, nämlich dann "wenn sie ... keine bloße Verheissung ist, sondern eine feste sofortige Einräumung in bestimmt umgrenzter Höhe und mit alsbaldiger Ausnutzungsbefugnis". (JR (Rspr) 1925, Nr 1702). Das RG wendete damit den Begriff des Vermögensstücks in dem von ihm allgemein verstandenen Sinn an und zeigte lediglich auf, worauf hier bei der tatsächlichen Feststellung zu achten war²⁾.

Die Rspr zum Individualanspruch als Vermögensstück beruhte ebenfalls auf dem Bestreben des RG, für die treuwidrige Verfügung des Bevollmächtigten ein zur Annahme der Untreue erforderliches Vermögensstück des Auftraggebers zu finden. Auch insoweit ist das Tatbestandsmerkmal "Vermögensstück" unproblematisch; denn das RG verstand unter dem Individualanspruch den dem Auftraggeber gegen den Bevollmächtigten zustehenden Anspruch gem. §§ 667, 675 BGB auf Herausgabe der konkreten vom oder für den Auftraggeber erlangten Gegenstände.

b) Verfügen

Der Begriff "Verfügung" hatte bei Inkrafttreten des StGB noch keine rechtliche Bedeutung. Insbesondere beinhaltete er nicht etwa den zivilrechtlichen Begriff der Verfügung, den erst das BGB schuf.

- 1) vgl RGSt 42, 227; Recht 1912, Nr 2122; Recht 1914, Nr 556; Recht 1918, Nr 1284; Recht 1921, Nr 2917 (für den nicht begebenen Scheck); JR (Rspr) 1926, Nr 2091; HRR 1932, Nr 1402; RGSt 66, 206
- 2) vgl auch JR (Rspr) 1926, Nr 200; JW 1927, 3010; HRR 1928, Nr 188; RGSt 62, 130; JW 1935, 937 (Nr 18)

Das RG bestimmte in RGSt 11, 412 den Begriff als "eine Massregel, die irgendwie das Verhältnis des Auftraggebers zu dem Vermögensstück ändert". An dieser allgemeinen Begriffsbestimmung hielt die Rspr während der gesamten Geltungsdauer des § 266 a.F. fest. Denn alle späteren Entscheidungen zum Tatbestandsmerkmal "Verfügen" befassten sich ausschliesslich damit, das jeweilige Verhalten des Täters bezüglich eines bestimmten Vermögensstücks unter diesen grundsätzlichen Begriff der Verfügung zu subsumieren. Die Entscheidungen RGSt 39, 335 und 46, 144 stellten gegenüber diesbezüglichen Meinungen der Revision klar, der Begriff "Verfügung" decke sich nicht mit dem Begriff der Aneignung, sondern gehe weit darüber hinaus; er setze nicht voraus, dass der Täter eigennützige Zwecke verfolge oder den Auftraggeber schädigen wolle, und sei endlich nicht auf Rechtsakte beschränkt, die eine Güterverschiebung zur Folge hätten. Lediglich in JW 1929, S. 2731 (Nr 31) bestimmte das RG die "Verfügung" im Wortlaut von der sonst gebrauchten Auslegung abweichend dahin, dass sie allgemein gegeben sei, wenn der Bevollmächtigte, "wie wenn er Herr über die Sache" sei, in einer dem Auftrag zuwiderlaufenden Weise mit ihr verfare. Dieser Einzelentscheidung kann aber in Anbetracht der im übrigen einhelligen Auffassung der Rspr keine Bedeutung beigemessen werden. Im übrigen weicht sie auch sachlich allenfalls insoweit von der sonstigen Auslegung ab, als sie den Begriff noch weiter fasst, da nicht jedes "mit der Sache Verfahren" auch eine Veränderung des Verhältnisses des Auftraggebers zu dem Vermögensstück bewirkt; dabei ist aber zweifelhaft, ob das RG diese Ausweitung des Begriffs beabsichtigte. Der Sachverhalt erforderte diese Ausweitung jedenfalls nicht.

Die Überlegungen, von denen sich das RG bei der Konkretisierung des allgemeinen Begriffs der Verfügung leiten liess, ergeben sich aus der allgemeinen Begriffsbestimmung. Die "Verfügung" in dem vom RG verstandenen Sinn stellte nicht auf die Art des Handelns, sondern in erster Linie auf den Erfolg des Handelns ab. Die Tauglichkeit eines konkreten Verhaltens als Untreuehandlung im Sinne des § 266 Zi 2 a.F. bemass sich danach, ob dieses Verhalten eine Veränderung des Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Vermögensstück herbeigeführt hatte. Da diesen Erfolg im Einzelfall auch ein Unterlassen herbeiführen konnte, hat die Rspr generell nicht nur ein Tun, sondern auch ein Dulden und Unterlassen als taugliches Verhalten angesehen 1).

Die Definition der Verfügung als einer von einem bestimmten Erfolg abhängigen Handlung führte zur Abhängigkeit der "Verfügung" auch vom Vermögensstück, denn das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Vermögensstück konnte nur verändert werden, wenn ein von der als Verfügung in Betracht kommenden Hand-

1) RGSt 11, 412: "Regelmässig wird dieser Erfolg (erg. Veränderung des Verhältnisses zwischen Vermögensstück und Auftraggeber) durch positive Handlungen herbeigeführt, es ist aber auch eine Unterlassung möglich, wenn diese eine Veränderung herbeiführen kann . . ."

lung betroffenes Vermögensstück vorhanden war. Demzufolge hielt die Rspr von Anfang an seit RGSt 10, 72 (73) ständig 1) daran fest, dass der Bevollmächtigte, der das Vermögen des Auftraggebers mit einer Schuldverbindlichkeit belastete, keine Verfügung treffe, weil sich seine Handlung nicht gegen ein Vermögensstück des Auftraggebers richte.

Auch wenn der Bevollmächtigte anschliessend die für seinen Auftraggeber eingegangene Verbindlichkeit erfüllte, konnte die Rspr grundsätzlich nicht zu einer Bestrafung wegen Untreue kommen. Zwar hatte der Bevollmächtigte bei der Erfüllung über Vermögensstücke seines Auftraggebers verfügt, aber durch diese Verfügung entstand dem Auftraggeber kein Nachteil, weil dem Verlust von Vermögensstücken die Befreiung des Auftraggebers von der dementsprechenden Verbindlichkeit gegenüberstand. Dieses unbefriedigende Ergebnis wurde nach dem ersten Weltkrieg, als dem Auftraggeber nachteilige Kreditgewährungen an unsichere Schuldner überhand nahmen, unerträglich. Das RG suchte deshalb seit RGSt 62, 130 zu einer Bestrafung wegen Untreue zu kommen, indem es in einschlägigen Fällen prüfte 2), ob nicht die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus unbefugter Krediteinräumung mit dieser "in solchem Zusammenhang" stehe "und mit ihr so sehr ein einheitliches Ganze" bilde, dass darin insgesamt ein benachteiligendes Verfügen über Vermögensstücke des Kreditgebers zu erblicken sei. Diesen Zusammenhang hielt es für gegeben, wenn der Bevollmächtigte bei der Krediteinräumung sich des den Geschäftsherrn benachteiligenden Missbrauchs der Vollmacht und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit bewusst war, bei Inanspruchnahme des Kredits über Vermögensstücke des Geschäftsherrn zu dessen Nachteil verfügen zu müssen. Für die Frage einer Untreue könne es solchenfalls nicht auf die dem Auftraggeber gegenüber rechtswidrige Kreditbestellung ankommen. Vielmehr stelle sich die vorausgegangene Kreditbestellung in diesem Fall nur "als ein Mittel zur Herbeiführung des gewollten und erreichten Enderfolgs einer dem Vollmachtgeber nachteiligen Verfügung über ihm gehörige Vermögensstücke ... dar". Aus demselben Gesichtspunkt hatte das RG schon in einer frühen Einzelentscheidung RGSt 23, 97 ein Verfügen über Vermögensstücke darin erblickt, dass die Vorstandmitglieder eines freien Personenvereins durch Erschleichung verfälschter Beschlüsse einer statutenwidrig zusammengesetzten Generalversammlung der Vereinsmitglieder die Liquidation des Vereins und des Vereinsvermögens herbeiführten.

1) Recht 1911. Nr 2683; JW 1925, 146 (Nr 7); JR (Rspr) 1926. Nr 200; JR (Rspr) 1927, Nr 437; HRR 1928, Nr 188; RGSt 62, 130; JW 1935, 937 (Nr 18).

2) vgl auch HRR 1928, Nr 487 (Unterwerfungsverhandlung vor dem Finanzamt: Ein Prokurist verpflichtete seinen Geschäftsherrn zur Zahlung einer Ordnungsstrafe und bezahlte sie entsprechend seiner vorgefassten Absicht mit Mitteln des Geschäfts.)

Die in RGSt 62, 130 bezüglich der Untreue bei Krediteinräumung bzw. Kreditgewährung erörterten weiteren Fallgestaltungen weisen keine Besonderheit auf.

Der den Vorstandsmitgliedern zur Last gelegte Verfügungsakt bestand nach Ansicht des RG nicht in einer der Einzelmassnahmen, sondern "in dem einheitlichen zusammenhängenden Manöver, mittels dessen sie das Vereinsvermögen tatsächlich aus den Händen des Vereins bzw. des Vereinsvorstands in die Hände dritter Personen ... zu spielen verstanden haben". Endlich gelangte das RG mit Hilfe dieser seiner zusammenfassenden Betrachtung von Einzelmassnahmen, die für sich entweder keine Verfügungen über ein Vermögensstück darstellten, oder zwar solche waren, aber keinen Nachteil verursachten, zur Annahme einer nachteiligen Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers in Fällen, in denen die als Bevollmächtigte in Frage kommenden Personen als Kassenleiter nur Zahlungsanweisungen gaben, die dann von Kassenbeamten ausgeführt wurden 1).

Die Akzessorietät des Begriffs der Verfügung zu dem erforderlichen Erfolg, Veränderung des Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Vermögensstück, berücksichtigte das RG zunächst noch in weiterer Hinsicht. Für die Frage, ob nur rechtsgeschäftliche oder auch tatsächliche Massnahmen als Verfügung angesehen werden könnten, stellte es anfangs auf die Eigenart des jeweils betroffenen Vermögensstücks ab und unterschied zwischen Vermögensstücken, an denen Besitz möglich ist, und anderen.

Bei Vermögensstücken, an denen Besitz in Frage kommt, hielt die Rspr von Anfang an sowohl rechtliche als auch tatsächliche Massnahmen, bzw. rechtliche und tatsächliche Veränderungen als zur Erfüllung des Begriffs "Verfügung" für geeignet 2).

Eine rechtliche Verfügung nahm das RG insbesondere in all den Fällen an 3), in denen der Bevollmächtigte ihm zur Veräusserung übergebene Waren statt im Namen des Auftraggebers oder wenigstens in dessen Interesse schon der Absicht veräussert hatte, den Erlös für sich zu behalten, oder sonst ein auftragswidriges Rechtsgeschäft über sie abgeschlossen hatte (RGSt 32, 26). Dass der Bevollmächtigte hier über die Waren des Geschäftsherrn als Vermögensstücke auftragswidrig verfügte, war unproblematisch. Schwierigkeiten ergaben sich insoweit für die Rspr allenfalls dahingehend, ob bereits durch die Veräusserung dem Auftraggeber ein Nachteil entstanden war. Mit sonstigen Rechtsgeschäften des Bevollmächtigten über Vermögensstücke des Auftraggebers hatte sich die Rspr nicht zu befassen.

1) vgl RGSt 61, 1; JR (Rspr) 1927, Nr 985. Allerdings spielt in diesen Fällen auch der Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft mit.

2) Ausdrücklich ausgesprochen z. B. in: RGSt 39, 335; Recht 1921, Nr 2687; JR (Rspr) 1927, Nr 1867;

3) vgl RGRspr 5, 542; RGSt 10, 385; Seuff. Arch. 77, 368, 369; Recht 1910, Nr 3688; JW 1914, 375 (Nr 27); Recht 1917, Nr 310; Recht 1918, Nr 1284, 1285; Recht 1921, Nr 2917; Recht 1922, Nr 1616; JR (Rspr) 1926, Nr 2091; JW 1927, 1105 (Nr 21); HRR 1928, Nr 1176; RGSt 63, 251; BayObLG in HRR 1935, Nr 399.

Als tatsächliche "Verfügung" sah die Rspr in erster Linie die vom Bevollmächtigten begangene Unterschlagung an. Aus diesem Grund lag Untreue vor, wenn der Bevollmächtigte sich Vermögensstücke zueignete, die er vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrags oder aus dessen Ausführung für den Vollmachtgeber erhalten hatte 1). Daneben fiel nach Ansicht der Rspr auch die bloße Besitzentziehung unter den Begriff der tatsächlichen Verfügung 2). Endlich konnten nach Auffassung der Rspr auch bloße Eigentumsstörungen ohne Besitzentziehung eine tatsächliche Verfügung darstellen. Allerdings war die Rspr hier nicht einheitlich. Sie unterschied, ohne dass ein sachlicher Grund dafür ersichtlich wäre 3), zwischen der Benützung der Sache durch den Bevollmächtigten selbst und den Fällen, in denen der Bevollmächtigte Dritten die Benutzung ermöglicht hatte, ohne dem Vollmachtgeber den Besitz der Sache zu entziehen 4).

Als Verfügung über Forderungen und andere Vermögensstücke, an denen Besitz nicht möglich ist, glaubte die Rspr zunächst nur rechtsgeschäftliche Massnahmen, insbesondere die dolose Einziehung von Forderungen 5), anerkennen zu

- 1) Unterschlagung von Vermögensstücken, die zur Ausführung eines Auftrags überlassen waren: LZ 1916, 1038 (Nr 32); Recht 1919, Nr 1015; LZ 1920, 900 (Nr 8); Recht 1921, Nr 2919; RGSt 56, 121.
Unterschlagung der Gegenleistung aus redlich ausgeführter Veräußerung: RGRspr 4, 393 und die auf S. 35, Anmerkung 3 genannten Entscheidungen, in denen das RG jeweils aussprach, dass der Bevollmächtigte entweder rechtsgeschäftlich über die zur Veräußerung übergebenen Vermögensstücke oder tatsächlich über die für den Auftraggeber empfangene Gegenleistung verfügt habe, je nachdem, ob er den Vorsatz zu ungetreuem Verhalten vor oder nach Ausführung des Veräußerungsgeschäfts gefasst hatte.
Unterschlagung des Erlöses aus für den Auftraggeber eingezogenen Forderungen: RGSt 32, 30; GA 59, 339; Recht 1919, Nr 1016.
- 2) LZ 1916, 955 (Nr 22); GA 55, 322.
- 3) Die mögliche Erwägung, dass der Vollmachtgeber bei der Benutzung des Vermögensstücks durch Dritte mit diesen, wenn auch vorübergehend, den Besitz teilen müsse, passt jedenfalls nicht für den Fall des Güterexpedienten in RGRspr 4, 683, der einen Frachtbrief mit zu niedriger Gewichtsangabe entgegennahm, und so ermöglichte, dass das Frachtgut zu einem zu niedrigen Tarif befördert wurde.
- 4) Untreue verneint für die Benutzung der Sache durch den Bevollmächtigten selbst: GA 47, 450, Recht 1921, Nr 2687 und JW 1935, 1250 (Nr 16);
Untreue bejaht für die Mitbenutzung der Sache durch Dritte in RGRspr 4, 683 (Fall des Güterexpedienten) und - nach schwankender Auffassung (Mayer S. 280) in GA 47, 450; 55, 322; JW 1912, 426 - zuletzt für das Dulden von Schwarzfahrten auf Verkehrsmitteln in GA 59, 458.
- 5) Dolose Einziehung einer Forderung; RGRspr 5, 168, 169; RGSt 38, 266; RGSt 42,

können. Nach ihrer Ansicht war bei solchen Vermögensstücken eine Veränderung des Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Vermögensstück nur in rechtlicher Hinsicht denkbar, so dass hier eine "derartige, sich weniger aus dem Begriff "Verfügung", als aus der Natur des betreffenden Vermögensstücks ergebende Beschränkung" (RGSt 39, 337) Platz griff. Diese Auffassung äusserte das RG zuerst in GA 47, 450 für Forderungen und im Anschluss an diese Entscheidung für Vermögensstücke ohne Besitz im allgemeinen in RGSt 39, 335 (337), GA 53, 122, Recht 1912 Nr 525, RGSt 46, 144 (149) und zuletzt in RGSt 62, 136 (135). Allerdings war das RG in keiner der genannten Entscheidungen veranlasst, diesen seinen Grundsatz auf seine Brauchbarkeit zu überprüfen, weil entweder der Sachverhalt aus anderen Gründen als Untreue zu bewerten war, oder auch die Bejahung einer tatsächlichen Massnahme als "Verfügung" nicht zur Annahme des Untreue-tatbestands hätte führen können¹⁾. Die einzige Entscheidung der amtlichen Sammlung, die auf diesem Standpunkt beruhen kann, erging einige Jahre, bevor das RG den Grundsatz ausdrücklich aussprach: In RGSt 29, 358 lehnte es das RG ab, die Verurteilung eines Kommissionärs aufrechtzuerhalten, der vergleichsweise auf die ihm aus dem Ausführungsgeschäft erwachsene Forderung verzichtet, und so die Erfüllung des seinen Kommittenten gegen ihn zustehenden Anspruchs auf Abtretung dieser Forderung vereitelt hatte. Demgegenüber sah das RG in RGSt 26, 111 eine Verfügung über den Anspruch auf Herausgabe der in einem Depot verwahrten Wertpapiere darin, dass der Bevollmächtigte einem Dritten an den Depotschein ein Besitz- und Zurückbehaltungsrecht eingeräumt hatte. Da der Herausgabeanspruch als solcher rechtlich nicht berührt, sondern nur seine Verwirklichung tatsächlich erschwert wurde, wäre die Entscheidung nur dann mit dem später ausgesprochenen Grundsatz vereinbar, wenn das RG hier wie später in RGSt 46, 144 bezüglich Kuxen den Herausgabeanspruch wegen der Depotscheine und ihrer Bedeutung für den Herausgabeanspruch als ein Vermögensstück betrachtet hat, an dem Besitz möglich ist. Auch die Entscheidungen RGSt 39, 335 und GA 59, 129 kamen mit unzutreffender Begründung zu einem Ergebnis, das sich zutreffend nur aus der Anerkennung tatsächlicher Massnahmen als Verfügung über Forderungen rechtfertigen liess. Sie begründeten die Untreue eines Bevollmächtigten, der Geldbeträge unter Angabe anderer als der wirklichen Zahler an seinen Vollmachtgeber abgeführt hatte, mit einer Verfügung des Bevollmächtigten über diese Geldbeträge. Daran ist richtig, dass der Bevollmächtigte durch die Übersendung des Geldes über dieses verfügt hat. Aber der dem Auftraggeber entstandene Nachteil, die Verschleierung der wahren Sachlage, und damit die Gefahr, dass noch bestehende Ansprüche gegen die vermeintlichen Zahler nicht mehr wahrgenommen

Fortsetzung der Fussnote 5 von Seite 31:

420; GA 59, 339; Recht 1919, Nr 1016. Inanspruchnahme eines dem Auftraggeber fest eingeräumten Kredits; JR (Rspr) 1925, Nr 1702.

1) vgl Zoller S. 47; Mayer S. 283

würden, beruhte nicht auf dieser Verfügung, sondern auf den falschen Angaben des Bevollmächtigten. Nachdem aber der Nachteil in ursächlichem Zusammenhang mit der Verfügung stehen muss (vgl. JW 1935 S. 1250), liessen sich diese Entscheidungen nur halten, wenn das RG die vom Bevollmächtigten gemachten falschen Angaben als tatsächliche Verfügungen über die Forderungen des Vollmachtgebers anerkannt hätte.

Als sich in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg immer deutlicher zeigte, dass die Beschränkung des Begriffs der Verfügung über Forderungen und andere Vermögensstücke ohne Besitz auf rechtsgeschäftliche Massnahmen zahlreicher werdende strafwürdige Fälle nicht erfassen konnte, musste die Rspr erstmals ihren bisher eingenommenen Standpunkt eingehend überprüfen. Sie dehnte nun den Begriff der Verfügung auch hier auf bloss tatsächliche Massnahmen aus. Der erste Senat des RG unterstellte in RGSt 61, 78 auch Buchungsmassnahmen dem Begriff der Verfügung 1). Er führte aus: Entgegen der früheren rg Auffassung könne eine Verfügung auch darin gefunden werden, "dass im Rahmen eines geregelten Geschäftsverkehrs ein dem Vollmachtgeber entstandener Anspruch in die Geschäftsbücher und Rechnungen mit einem zu niedrigen Betrag eingestellt und dadurch bewirkt wird, dass er innerhalb des sich im übrigen ordnungsmässig abspielenden Geschäftsbetriebs des Vollmachtgebers zu niedrig erscheint und darum mit Wahrscheinlichkeit zu einer Befriedigung des Vollmachtgebers mit einem zu niedrigen Betrag führt". Der zweite Senat konnte sich erst einige Jahre später in RGSt 66, 289 zur Änderung der bisherigen Rspr entschliessen, nachdem er noch in RGSt 62, 130 auf der früheren Ansicht beharrt hatte. Er verdeutlichte für den Fall des bankmässigen Kontokorrentverhältnisses mit dem Hinweis auf das Saldoanerkennnis nach § 355 HGB, inwiefern eine verschleiende Buchungsmassnahme die Gefahr einer späteren rechtlichen Änderung der Forderung in sich berge.

Die Anerkennung tatsächlicher Massnahmen als Verfügungen über Forderungen ermöglichte es der Rspr nun, auch den Bevollmächtigten wegen Untreue zu erfassen, der über eigene Vermögensstücke verfügt hatte, dadurch aber die Erfüllung des dem Geschäftsherrn gegen ihn zustehenden Anspruchs auf Herausgabe dieser Vermögensstücke vereitelte. Diesen Schritt vollzog der dritte Senat in RGSt 62, 58. Er bestätigte die Rspr des ersten Senats bezüglich tatsächlicher Massnahmen als Verfügungen über Forderungen und entwickelte die Lehre vom "Individualanspruch". In diesem Zusammenhang hatte die tatsächliche Verfügung fortan die grösste Bedeutung 2), weil der Bevollmächtigte über diese Forderung des Auftraggebers gegen sich selbst nur tatsächlich verfügen konnte.

1) weitere Entscheidungen des 1. Senats in diesem Sinn:

DJZ 1931, 960; HRR 1932, Nr 1897; Entscheidung des 3. Senats; HRR 1934, Nr 1571

2) vgl RGSt 64, 86; BayObLG in LZ 1931, 1156; HRR 1934, Nr 535

c) Vermögensstück des Auftraggebers

Im Rahmen der Untreuehandlung des § 266 Abs 1 Zi 2 a. F. hatte sich die Rspr endlich mit der Frage zu befassen, in welchen Fällen von einem Vermögensstück des Auftraggebers gesprochen werden könne, weil § 266 die zur Untreue taugliche Verfügung des Bevollmächtigten auf solche Vermögensstücke beschränkte. Ausser den vom RG hierzu aufgestellten und grundsätzlich stets beibehaltenen Grundsätzen sind hier auch die Lösungen darzustellen, mit denen das RG strafrechtlich ungerechtfertigte und deshalb unbillige Zufälligkeiten auszuschliessen suchte, die sich aus der Anwendung der von ihm erarbeiteten Grundsätze hätten ergeben können. Insbesondere wird auch die Rspr zum Individualanspruch wegen dieses vom RG mit ihr verfolgten Zweckes hier dargestellt, obwohl sie an sich das Tatbestandsmerkmal des Vermögensstücks als solchen betrifft.

aa) Allgemeine Auslegung

Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Vermögensstück des Auftraggebers" hatte das RG genaugenommen zwei Fragen zu beantworten, nämlich einmal, welche Art von Beziehung zwischen Vermögensstück und Auftraggeber der Tatbestand des § 266 voraussetzte, zum anderen, nach welchen Gesichtspunkten das Vorliegen der für massgebend erachteten Beziehung zu bestimmen war.

In der allgemeinen Beantwortung beider Fragen sah das RG keine Schwierigkeit. Es nahm zur ersten Frage als selbstverständlich an, dass Vermögensstück des Auftraggebers sei, was zum Zeitpunkt der Verfügung des Bevollmächtigten dem Auftraggeber als Rechtsinhaber, also als Eigentümer oder Gläubiger zustehe. Ausdrücklich sprach das RG diese Auffassung erstmals in RGSt 2, 186 (187) aus. Diesen Grundsatz erweiterte das RG in RGSt 26, 106 für den Fall eines Bevollmächtigten des Konkursverwalters, der über zur Konkursmasse gehörende Gegenstände verfügt hatte, dahin, dass auch Vermögensstücke, die zwar dem Auftraggeber nicht als persönliches Vermögen zustehen, aber "der ausschliesslichen Herrschaft des Machtgebers unterworfen sind", solche des Auftraggebers seien. Denn, so erläutert RGSt 39, 414 für einen ähnlichen Sachverhalt, die "zur Ausübung des Eigentums rechtlich gewährten Befugnisse" übe statt des Gemeinschuldners der Konkursverwalter kraft Gesetzes im eigenen Namen aus.

Endlich bejahte das RG in GA 48, 131 und im Anschluss daran in Recht 1918, Nr. 1286 und LZ 31, 108 ein Vermögensstück des Auftraggebers auch dann, wenn das einem Dritten gehörende Vermögensstück dem Auftraggeber nicht kraft Gesetzes, sondern durch Rechtsgeschäft zur Obhut anvertraut war, und seiner Herrschaft und rechtlichen Verfügung unterstand, also für Fälle, in denen der Bevollmächtigte über Vermögensstücke eines Dritten verfügte, die der Dritte dem Auftraggeber durch Rechtsgeschäft anvertraut hatte.

Die oben angeführten Erweiterungen spielten ausserhalb der genannten Entscheidungen keine Rolle. Den Grundsatz, dass Vermögensstück des Auftraggebers

war, was ihm als Eigentum oder Forderung zustand, hat das RG zwar nur noch in LZ 1920, 832 (Nr 6) und RGSt 56, 121 ausdrücklich bestätigt. Es hat ihn aber auch in allen 1) übrigen einschlägigen Entscheidungen beachtet, indem es die Zuordnung des jeweils in Rede stehenden Vermögensstücks stets unter diesem Gesichtspunkt prüfte. Die weitere Frage, welche Regeln über die Eigentümer- oder Gläubigerstellung an einem konkreten Vermögensstück entschieden, beantwortet sich damit von selbst; Massgebend konnte zur Bestimmung dieser zivilrechtlichen Rechtspositionen nur das Zivilrecht sein. Auch diese Auffassung hat das RG zuerst in RGSt 2, 186, 187 ausdrücklich ausgesprochen 2) und später grundsätzlich stets beibehalten, indem es jeweils die Zivilrechtslage erörterte.

Schwierigkeiten ergaben sich für das RG jedoch bei der Anwendung seiner Grundsätze auf den konkreten Fall. Denn die strikte Befolgung dieser Grundsätze führte häufig zu Ergebnissen, die dem RG im Hinblick auf die von ihm mit immer grösserem Nachdruck vertretene Auffassung vom Wesen der Untreue als Treubruch unbefriedigend erscheinen mussten. Für die Strafwürdigkeit des Bevollmächtigten begründete es nämlich danach keinen Unterschied, ob das von seiner Verfügung betroffene Vermögensstück zivilrechtlich ihm oder dem Auftraggeber zustand, sofern er es nur vom Auftraggeber oder zur Herausgabe an diesen erhalten hatte. In beiden Fällen brach er durch eine ungetreue Verfügung das ihm vom Auftraggeber erwiesene Vertrauen. Dagegen hing die Strafbarkeit des Bevollmächtigten, solange das RG als Vermögensstück nicht die aus dem Auftrag dem Auftraggeber gegen den Bevollmächtigten zustehende Forderung in Betracht zog, sondern nur die dem Bevollmächtigten vom Auftraggeber oder für diesen von einem Dritten übergebenen Vermögensstücke, davon ab, wer strafrechtlich gesehen zufällig Rechtsinhaber des Vermögensstücks war, über das der Bevollmächtigte verfügte hatte.

Im einzelnen bestand diese Schwierigkeit einmal, wenn sich die ungetreue Verfügung des Bevollmächtigten, gleichgültig, ob direkter oder mittelbarer Stellvertreter, auf Mittel bezog, die er vom Auftraggeber zur Ausführung des Auftrags per Überweisung oder auf ein Bankkonto erhalten hatte, oder auf andere Vermögensstücke, die ihm der Auftraggeber fiduziarisch 3) übertragen hatte. Dasselbe galt für den direkten Stellvertreter, der über den Erlös ungetreu verfügte, der ihm aus der Ausübung des Auftrags für den Auftraggeber auf ein Bankkonto überwiesen worden war, ohne zugleich über die dem Auftraggeber gegen den Dritten zustehende Forderung zu verfügen.

Zum anderen ergab sich diese Schwierigkeit grundsätzlich immer, wenn

1) Wegen der scheinbaren Abweichung durch die Rspr zum "wirtschaftlichen" Vermögen vgl unten S. 50 ff

2) Später ausdrücklich bestätigt in LZ 1920, 832 (Nr 6) und RGSt 56, 121.

3) Unter fiduziarischer Übertragung wird nur die formelle Rechtsübertragung verstanden, nicht auch Bevollmächtigung und Ermächtigung.

der Bevollmächtigte über die Forderung oder die Gegenleistung aus dem Ausführungsgeschäft, das er im eigenen Namen abgeschlossen hatte, ungetreu verfügte.

Einen ersten wichtigen Schritt zur Vermeidung solcher Unbilligkeiten machte das RG für die Fälle, in denen der Bevollmächtigte bereits über das ihm vom Auftraggeber übertragene Vermögensstück insofern ungetreu verfügte, als er zwar das ihm aufgetragene Rechtsgeschäft mit dem Dritten abschloss, aber schon bei Abschluss des Geschäfts dolos statt für Rechnung des Auftraggebers im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelte. Hier kam als zur Untreue taugliches Vermögensstück des Auftraggebers nur das in Frage, was der Auftraggeber dem Bevollmächtigten zur Ausführung des Auftrags übertragen hatte. dagegen nicht mehr die Forderung oder die Gegenleistung aus dem Ausführungsgeschäft, weil beides Vermögensstück des im eigenen Namen auftretenden Bevollmächtigten wurde. Andererseits trat aber der endgültige Vermögensnachteil für den Auftraggeber nicht schon durch die eigennützige Verfügung des Bevollmächtigten ein, sondern erst dadurch, dass der Bevollmächtigte dem Auftraggeber die Vermögensstücke vorenthielt, die er aus dem Auftrag an ihn hätte herausgeben müssen. Das RG kam dennoch zu einer Bestrafung wegen Untreue 1), indem es von Anfang an auch eine den Wert des Vermögens mindernde Vermögensgefährdung unter den Begriff des "Nachteils" einbezog und eine solche Vermögensgefährdung zumeist selbstverständlich in dem eigennützigen Abschluss des Ausführungsgeschäfts erblickte. Eine Begründung dafür, dass in einem solchen Verhalten des Bevollmächtigten ein Nachteil liege, gab nur RGSt 38, 266 für die dolose Einziehung einer Forderung 2). Im übrigen wandelte sich auch das Anliegen, das die hier einschlägigen Entscheidungen verfolgten. Die früheren Entscheidungen wollten durch die Vorverlegung des Nachteils dazu kommen, dass ein bereits bei Ausführung des Auftrags dolos handelnder Bevollmächtigter überhaupt wegen Untreue bestraft werden konnte. Die späteren Entscheidungen, denen die Bestrafung eines so handelnden Bevollmächtigten bereits zur festen Überzeugung geworden war, wollten verhindern, diesen Bevollmächtigten auch noch wegen der Nichtherausgabe des Erlöses wegen Untreue zu bestrafen.

Diese Rspr des RG ermöglichte, den bereits bei Ausführung des Auftrags eigennützig handelnden Bevollmächtigten in jedem Fall wegen Untreue zu bestrafen. Unbillige Ergebnisse wurden so weitgehend für diese Fälle ausgeschlossen.

1) vgl RGSt 2, 186; RGRspr 5, 168; RGRspr 5, 542; RGSt 10, 385; RGSt 38, 266; RGSt 42, 420; Recht 1917, Nr 310; Recht 1918, Nr 1285; JR (Rspr) 1926, Nr 2091; RGSt 63, 251.

2) RGSt 38, 266: Nachteil, da der Auftraggeber einen zahlungsunwilligen Schuldner erhalte.

RGSt 63, 251: Nachteil, wenn der Kommissionär bei Abschluss des Ausführungsgeschäfts dolos handelt; Der Wert der Forderung aus § 667 BGB sei minderwertig.

Sie ergaben sich nur dann, wenn das dem Bevollmächtigten vom Auftraggeber übertragene Vermögensstück Eigentum des Bevollmächtigten wurde.

Die Zuordnung des vom Auftraggeber an den Bevollmächtigten zur Ausführung des Auftrags übertragenen Vermögensstücks zum Vermögen des Auftraggebers, auch nach seiner Übertragung an den Bevollmächtigten, bereitete der Rspr in den meisten Entscheidungen keine Schwierigkeiten. Das RG konnte bei der Übertragung von Sachen und zumeist auch von Forderungen der bestehenden Zivilrechtslage entsprechend als selbstverständlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber den Bevollmächtigten nur zur Verfügung über diese Vermögensstücke bevollmächtigt bzw. ermächtigt hatte, aber ihn nicht zum Rechtsinhaber habe machen wollen. Ausführlicher befasste sich das RG in diesem Zusammenhang lediglich mit der Zugehörigkeit von ausgestellten oder auch akzeptierten, aber noch nicht begebenen Wechseln, die der Bevollmächtigte diskontieren sollte 1). Insoweit kam die Rspr zwanglos zu Ergebnissen, die den Erfordernissen des Treubruchsgedankens entsprachen.

Dagegen konnte das RG die Fälle - Entscheidungen hierzu sind nur vereinzelt veröffentlicht - in denen dem Bevollmächtigten die Mittel zur Ausführung des Auftrags auf sein Bankkonto oder per Post überwiesen wurden, zunächst nur mit bedenkllicher Begründung befriedigend lösen: So folgte das RG in RGSt 20, 436 aus dem Umstand, dass der für den Bevollmächtigten bestimmte Abschnitt einer Postanweisung einen Vermerk über die Verwendung des Geldes trug, der Auftraggeber sei Eigentümer des Geldes, auch nach dessen Überweisung an den Bevollmächtigten geblieben. Denn die Post übereigne an den, den es angehe, und der Bevollmächtigte als Empfänger habe wegen des Vermerks nur für den Auftraggeber Eigentum erwerben können. Das RG mass also dem Vermerk, der nur obligatorische Bedeutung besitzt, dingliche Wirkung bei. In RGSt 56, 121 versuchte das RG zur Bestrafung eines Bevollmächtigten zu kommen, der über Mittel seines Bankkontos eigennützig verfügt hatte, die ihm der Auftraggeber dorthin überwiesen hatte. Es erörterte, dass der Auftraggeber dem Bevollmächtigten möglicherweise nur ein Verfügungsrecht habe einräumen wollen. Auch dieser Lösungsversuch ist nach dem Zivilrecht, das ja nach der eigenen Überzeugung des RG für die Zuordnung des Vermögensstücks massgebend sein sollte, nur haltbar, wenn tatsächlich eine derartige Auslegung oder die Konstruktion eines Scheingeschäfts möglich war.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, dass die fiduziarische Übertragung von Vermögensstücken nicht schlechthin problematisch war, sondern nur insoweit, als aus dem zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigten geschlossenen Rechtsgeschäft hervorging, dass der Auftraggeber dem Bevollmächtigten das Vermögens-

1) RGRspr 6, 75; RGSt 10, 385; RGSt 26, 246; Recht 1907, Nr 390; Recht 1907, Nr 550; Recht 1914, Nr 558; Recht 1918, Nr 1284; Recht 1922, Nr 1616; JR (Rspr) 1926, Nr 2091; RGSt 66, 206.

stück formell übertragen und ihm nicht nur eine Verfügungsgewalt einräumen wollte 1).

Handelte der Bevollmächtigte erst nach getreulicher Ausführung des ihm aufgetragenen Rechtsgeschäfts dolos, so kam als Objekt seiner ungetreuen Verfügung nur die Forderung aus dem Rechtsgeschäft mit dem Dritten oder die Gegenleistung des Dritten in Betracht.

Dass beides Vermögensstück des Auftraggebers war, nahm das RG ohne weiteres an, wenn der Bevollmächtigte das Geschäft mit dem Dritten im Namen des Auftraggebers abgeschlossen hatte. Es liess dabei für die Frage des Eigentumserwerbs des Auftraggebers ausser acht, ob der Auftraggeber stets durch die Leistung des Dritten an den Bevollmächtigten Besitz an der geleisteten Sache erhalten hatte 2). Schwierigkeiten einer befriedigenden Lösung sah das RG hier nur, wenn der Dritte auf Bankkonto des Bevollmächtigten geleistet hatte. So sah das RG in RGSt 21, 364 nur dann eine Möglichkeit zur Bestrafung des Bevollmächtigten, der über ein derartiges Bankguthaben im eigenen Interesse verfügte, wenn der Bevollmächtigte zugleich über die Forderung des Auftraggebers gegen den Dritten ungetreu verfügt hätte.

Die grösste Schwierigkeit, im Sinne der Treubruchstheorie billige Ergebnisse zu erzielen, boten die Fälle, in denen der Bevollmächtigte auftragsgemäss in eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers mit dem Dritten abgeschlossen hatte. Zunächst fand sich das RG damit ab, bei dieser Sachlage nicht wegen Untreue bestrafen zu können, weil sowohl die Forderung als auch das zur Erfüllung der Forderung Geleistete Vermögensstück des Bevollmächtigten geworden sei. So erklärte das RG in RGSt 2, 186: Der verdeckte Stellvertreter werde Eigentümer der Gegenleistung, gleichgültig, ob er für sich oder für den Auftraggeber - aber ohne das zum Ausdruck zu bringen - erwerben wollte. Denn äusserlich erkennbar liege nur eine dahingehende Willensübereinstimmung vor 3). Das RG lehnte es insbesondere in RGSt 20, 358 für Art 368 Abs 2 HGB und in RGSt 61, 341 für den Art 368 HGB entsprechenden § 392 Abs 2 HGB ab, die Forderung aus dem Ausführungsge-

-
- 1) Daher ist z. B. die Entscheidung RGSt 39, 184 ohne Problematik: Verfügung eines Bevollmächtigten über eine auf seinen Namen eingetragene, ihm aber vom Grundstückseigentümer nur als Sicherheit für Diskontwechsel überlassene Hypothek. Die Wechsel waren noch nicht diskontiert, daher war die Hypothekenforderung noch nicht entstanden, so dass die Hypothek gem. §§ 1163 Abs 1, 1177 BGB dem Auftraggeber zustand.
 - 2) Vom Besitz ist nur in Seuff. Arch. Bd. 77, S. 369 ungenau die Rede: "... versteigerte ... "amtlicher Auktionator" in erkennbarer Weise ..." in fremdem Namen, "so übertrugen die Steigerer den Besitz und damit das Eigentum der an den Angeklagten gezahlten Gelder unmittelbar dessen Auftraggebern, und diese erwarben ohne weiteres das Eigentum an den Steigerlösen (§§ 929, 164)".
 - 3) vgl auch RGRspr 5, 168; RGRspr 5, 542.

schäft eines Kommissionärs vor ihrer Abtretung an den Kommittenten auf Grund der genannten Bestimmungen als solche des Kommittenten und damit als sein Vermögensstück zu betrachten. Denn es sei "logisch unmöglich und juristisch nicht zu konstruieren, dass dieselbe Forderung rechtlich und ihrer Substanz nach Bestandteil einmal des Vermögens des Kommissionärs und gleichzeitig, unter Ausschluss des letzteren vom Gläubigerrechte, des Vermögens des Kommittenten sei".

Allmählich versuchte das RG mit Hilfe zivilrechtlicher Konstruktionen zur Bestrafung auch des mittelbaren Stellvertreters zu kommen, der erst nach Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäfts dolos handelte. Es wies das jeweilige Untergericht, das sowohl die Forderung als auch das zur Erfüllung der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft Geleistete als Vermögensstück des Bevollmächtigten angenommen und deshalb Untreue abgelehnt hatte, darauf hin, dass nach den Gegebenheiten des jeweiligen Falles auch eine andere rechtliche Beurteilung möglich sei.

So erörterte das RG in GA 59, 339 und LZ 1920, 832 (Nr 6) 1), dass die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft durch vorweggenommene Abtretung solche des Auftraggebers geworden sein könnten, und der Bevollmächtigte, der die Erfüllung dolos entgegengenommen hatte, dadurch über diese Forderung des Auftraggebers ungetreu verfügt haben könne.

Für die Fälle, in denen der Bevollmächtigte erst nach Entgegennahme der Leistung des Dritten dolos handelte, wies das RG darauf hin, dass der Auftraggeber entweder durch Geschäft, wen es angeht, oder durch vorweggenommenes oder durch Insichgeschäft vereinbartes Besitzkonstitut Eigentümer der Leistung geworden sein könne.

Die grundsätzliche Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Vertretenen bei mittelbarer Stellvertretung auf Grund Geschäfts, wen es angeht, bejahte das RG in RGSt 19, 429 (zu § 246) unter Geltung des sächsischen BGB's; Es sei nicht unbedingtes Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Übergabe, dass der Wille des Übergebenden auf eine individuell bestimmte Person als Erwerber gerichtet sei. Wisse der Übergeber nicht, ob der Empfänger für sich oder einen anderen erwerbe, und sei ihm dies auch gleichgültig, so entscheide über die Person dessen, der Eigentümer werde, der Wille des Empfängers, auch wenn derselbe dem Übergebenden nicht ausdrücklich kundgegeben worden sei. Von dieser Möglichkeit unmittelbaren Eigentumserwerbs des Auftraggebers konnte das RG jedoch kaum Gebrauch machen, weil, abgesehen von dem Vorliegen anderer Voraussetzungen, in dem praktisch bedeutsamsten Fall des mittelbaren Stellvertreters als Verkäufers dem Dritten als Käufer bei der Hingabe seiner Leistung die Person des Erwerbers regelmässig nicht gleichgültig ist. Denn der Dritte hat ein Interesse daran, zwecks Erfüllung an seinen Gläubiger zu leisten, und sieht als solchen den im

1) vgl auch JR (Rspr) 1927, Nr 1618; RGSt 62, 31.

eigenen Namen auftretenden Bevollmächtigten an. Will der Dritte aber an den Bevollmächtigten persönlich leisten, so kommt dessen innerer Wille, für den Auftraggeber zu erwerben, nicht in Betracht. Das RG lehnte aus diesem Grund in Recht 1911, Nr 1079 und GA 59, 129 die Möglichkeit eines Geschäfts, wen es angeht, ab. Dagegen bejahte es in JW 1923 S. 403 Nr 52 und JW 1927 S. 1105 Nr 21 trotz gleicher Sachlage Eigentumserwerb des Auftraggebers auf diesem Wege, ohne dass die Veröffentlichungen eine Begründung erkennen liessen, warum in diesen Fällen den Käufern die Person des Gläubigers gleichgültig gewesen sei.

Zur Vermeidung der sich bei Annahme eines Geschäfts, wen es angeht, zusätzlich ergebenden Schwierigkeit, dass dem Dritten die Person des Erwerbers gleichgültig sein musste, und vor allem als Konstruktion, die trotz Ablehnung eines Geschäfts, wen es angeht, zu einem Vermögensstück des Auftraggebers hinsichtlich des vom Dritten Geleisteten führte, arbeitete das RG mit dem Eigentumserwerb des Vertretenen gem. § 930 BGB. Auf diese Möglichkeit, zu einer Untreue des mittelbaren Stellvertreters zu kommen, wies das RG zuerst in GA 59, 129 und in der Folgezeit immer wieder hin, bis der Gesichtspunkt des Individualanspruchs die zivilrechtlichen Konstruktionen entbehrlich machte.

Dass das RG diese zivilrechtlichen Konstruktionen verwendete, um die Zugehörigkeit eines Vermögensstücks zum Vermögen des Auftraggebers zu begründen, wäre bei Vorliegen der nach Zivilrecht erforderlichen Voraussetzungen nicht ungewöhnlich gewesen. Das RG wäre insoweit nur nach dem von ihm aufgestellten Grundsatz verfahren, wonach das Zivilrecht über die Zuordnung des Vermögensstücks zum Vermögen des Auftraggebers oder des Bevollmächtigten entscheide.

In diesem Rahmen hielt sich das RG jedoch nur bei der Erweiterung des Kreises der als konkretes Besitzmittlungsverhältnis gem. § 868 BGB in Frage kommenden Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigtem 1).

Im übrigen benutzte das RG diese Konstruktionen jedoch immer mehr als blossе Fiktionen. Mit ihrer Hilfe konnte es die bei unbefangener Betrachtung bestehende Zivilrechtsslage einer für die Bestrafung des mittelbaren Stellvertreters brauchbaren anderen Beurteilung zuführen.

Es begnügte sich allmählich bezüglich der subjektiven Voraussetzungen für die Annahme eines Geschäfts, wen es angeht, und insbesondere der Übereignung durch Besitzkonstitut mit Vermutungen statt des eindeutigen Nachweises. Lediglich in GA 59, 339 hob das RG bei seinem Hinweis auf die Möglichkeit des Eigentumsübergangs gem. § 930 BGB und einer antezipierten Forderungsabtretung noch mehrmals hervor, dass eine derartige Annahme die Erweislichkeit der erforderlichen Willensrichtung voraussetze. Dagegen hielt es etwa in LZ 1921 S. 723 (Nr 7)

1) vgl zur Frage, ob Kommissionsverhältnis als solches ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB darstellt:

Verneinend: GA 59, 129, 339;

Bejahend: RGSt 62, 31.

die Verurteilung eines mittelbaren Stellvertreters unter der Annahme eines Geschäfts, wen es angeht, aufrecht und führte aus, der Vertreter habe den Willen, das Eigentum auf den Vertretenden zu übertragen, gehabt, "da er damals noch den Auftrag ordnungsgemäss ausführen wollte ...". Ähnlich erklärte das RG in JW 1923 S. 403 Nr 52, die Auftraggeberin sei durch Geschäft, wen es angeht, Eigentümerin des Erlöses geworden, weil der Angeklagte bei Empfangnahme des Erlöses noch nicht die Absicht gehabt habe, den Erlös für sich zu behalten. Zuletzt sprach das RG in RGSt 62, 58 für die Übereignung durch antezipiertes Besitzkonstitut ausdrücklich aus, dass es die erforderliche Vereinbarung fingierte. Es erklärte dazu: "Darin, dass nichts Gegenteiliges verabredet war, oder vorgenommen wurde, kam der beiderseitige Vertragswille der Vorwegnahme des Besitzkonstituts für den Zeitpunkt des Geldempfanges genügend zum Ausdruck".

Endlich liess das RG in allen Entscheidungen, die zur Konstruktion des Eigentumserwerbs des Auftraggebers mit einem Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB arbeiteten, ausser acht, dass die zivilrechtliche Lehre ein wirksames Besitzmittlungsverhältnis nur annimmt, wenn der Besitzmittlungswille wenigstens für einen mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar zum Ausdruck kommt. Von diesem Erfordernis minimaler Publizität sieht die Zivilrechtslehre nur ab, wenn es sich um eine individuelle Sache handelt. Das RG hat jedoch auch in dem praktisch bedeutsamsten Fall, dass der Besitz an Geld zu mitteln war, nie darauf abgestellt, ob der Besitzmittler das empfangene Geld in irgendeiner Weise (durch getrennte Aufbewahrung etc.) anders behandelte als sein eigenes. Nur dadurch war es ihm möglich, die Grenze von der auch zivilrechtlich vertretbaren Auslegung aus den Umständen zur Fiktion zu überschreiten, und so die zivilrechtlichen Grundsätze nur noch dem Namen nach anzuwenden.

bb) Der Individualanspruch

Selbst der freimütige Umgang mit zivilrechtlichen Konstruktionen versagte jedoch, wo der Bevollmächtigte, gleichgültig, ob als direkter oder mittelbarer Stellvertreter, über ein eigenes Konto ungetreu verfügte, das auch im Interesse des Auftraggebers zu verwendende Beträge enthielt. Zur Lösung dieser bisher meist unlösbaren und zur zwangloseren Bewältigung der bisher zum Teil nur mit Fiktionen lösbaren Fälle beschritt das RG zuletzt einen neuen Weg. Es rückte das Innenverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Auftraggeber in den Vordergrund und verwendete die daraus dem Auftraggeber gegen den Bevollmächtigten zustehende Forderung auf getreuliche Verwendung der vom Auftraggeber erhaltenen und auf Herausgabe der für den Auftraggeber empfangenen Gegenstände auf zwei Arten zur Lösung.

Die erste Möglichkeit, die darin besteht, die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten als Gegenstand einer ungetreuen Verfügung des Bevollmächtigten anzusehen, hatte die Rspr zu § 266 a.F., vorher, soweit ersicht-

lich, nur in zwei Entscheidungen in Betracht gezogen, aber mit verschiedener Begründung abgelehnt: Das Preuss. Obertribunal sah in GA 26, 54³) (eine Entscheidung aus dem Jahr 1879) eine Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten schon gar nicht als tatbestandsmässig an. Es folgte dies aus dem Umstand, dass dem Bevollmächtigten eine rechtliche Möglichkeit zur Verfügung, in deren Missbrauch der Tatbestand des § 266 bestehe, über eigene Verbindlichkeiten gegenüber dem Auftraggeber nicht eingeräumt sein könne, weil er insoweit Schuldner sei und daher nicht zugleich als Bevollmächtigter die Befugnisse des Gläubigers ausüben könne. Das RG bezog zwar in RGSt 20, 358 die Verpflichtung des Bevollmächtigten, eine aus der Ausführung des Auftrags erlangte Forderung an den Auftraggeber abzutreten, in die "Forderungen des Auftraggebers" i. S. § 206 ein; es lehnte aber gleichwohl eine Untreue des Bevollmächtigten ab, der auf die erlangte Forderung verzichtet, und so ihre Abtretung an den Auftraggeber unmöglich gemacht hatte, weil der Verzicht auf die Forderung keine Verfügung über das Recht des Auftraggebers aus dem Auftrag enthalte; vielmehr, so führte das RG aus, trete die Unmöglichkeit für den Auftraggeber, das ihm zustehende Recht gegen den Bevollmächtigten geltend zu machen, lediglich als mittelbare Folge des Verzichts und des durch diesen herbeigeführten Wegfalls des Gegenstands der Ausübung des Rechts ein.

Die Annahme einer Untreue scheiterte hier also am Begriff der "Verfügung", der bei Forderungen nach Auffassung der Rspr zunächst auf rechtliche Einwirkungen beschränkt war.

Nachdem das RG in RGSt 61, 78 unter Aufgabe seiner bisherigen st Rspr das Tatbestandsmerkmal "Verfügung" auch bei Forderungen auf mittelbare, tatsächliche Einwirkungen erstreckt hatte, war die Voraussetzung geschaffen, ungetreues Verhalten des Bevollmächtigten als Verfügung über seine Verbindlichkeit gegenüber dem Auftraggeber und damit als Untreue zu qualifizieren.

Diesen für die weitere Rspr zur Untreue bedeutsamen Schritt vollzog das RG in RGSt 62, 58 mit der Einführung des sogenannten "Individualanspruchs" als Vermögensstück des Auftraggebers. Es verstand darunter den "aus dem Auftrag erwachsenden Anspruch des Geschäftsherrn (erg. gegen den Bevollmächtigten) auf auftragsgemässe Verwendung der übertragenen oder auf Ausantwortung der erlangten individuellen Vermögensrechte". Damit war also die Verbindlichkeit des Bevollmächtigten gegenüber dem Auftraggeber aus dem Innenverhältnis als tatbestandsmässig anerkannt. Allerdings schränkte das RG zumindest zunächst die Tatbestandsmässigkeit dieser Forderung des Geschäftsherrn gegen den Bevollmächtigten nach ihrem Inhalt dahin ein, dass sich der Anspruch des Auftraggebers auf Verwendung oder auf Ausantwortung individueller Vermögensrechte richten musste. Es wollte damit dem Einwand begegnen, dass schon die Nichterfüllung der Vertragspflicht zur Untreue gestempelt werde. Dem als Vermögensstück tatbestandsmässigen Individualanspruch stellte es daher "bloss rechnerisch zu berechnende Geldforderungen des Auftraggebers an den Bevollmächtigten" gegenüber: Auf solche "findet

das Gesagte keine Anwendung, weil es insoweit an einem konkreten Gegenstand der Treupflicht fehlt, und weil die bloße Nichtbezahlung einer Schuld natürlich eine Verfügung über das Forderungsverhältnis enthält, das dadurch vielmehr erhalten bleibt. Der Anspruch auf eine Individualleistung aber, z. B. der Übereignung eines bestimmten im Auftrag des Geschäftsherrn mit dessen Geld und für ihn gekauften Pferdes, kann rechtlich wie tatsächlich durch eine Verfügung des Bevollmächtigten geändert und vernichtet werden, und zu solcher Verfügung besteht für letzteren eben vermöge des Auftragsverhältnisses die tatsächliche wie die rechtliche Möglichkeit . . ." Der zum Tatbestandsmerkmal "Vermögensstück" geschaffene Begriff des Individualanspruchs sollte also in Wirklichkeit Schwierigkeiten beheben, die sich bezüglich des Tatbestandsmerkmals "Verfügung" ergeben hatten.

Mit dieser "Vorverlegung" des als Vermögensstück angenommenen Gegenstands von der konkreten Sache oder Forderung auf den hierauf gerichteten Anspruch des Auftraggebers war es der Rspr grundsätzlich gelungen, von den in ihrer strafrechtlichen Auswirkung unerfreulichen zufälligen Gestaltungen der Zivilrechtslage an den dem Bevollmächtigten vom Auftraggeber oder für diesen übergebenen Gegenständen wegzukommen. Denn die nun als Vermögensstück angenommene Forderung des Geschäftsherrn gegen den Bevollmächtigten aus dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis war in jedem Fall ohne Frage Bestandteil des Vermögens des Auftraggebers, und über sie verfügte der Bevollmächtigte, wenn er mit ihnen ihm anvertrauten Gegenständen ungetreu verfuhr, gleichgültig, ob diese ihm oder dem Auftraggeber zustanden. Die Verfügung des Bevollmächtigten über diesen Individualanspruch bestand also in der mittelbaren Einwirkung auf den Anspruch des Auftraggebers, hervorgerufen durch eine rechtliche oder tatsächliche Verfügung über den Gegenstand, auf den sich der Anspruch bezog.

Die Auffassung des RG, dass nur ein Individualanspruch ein Vermögensstück sei, hatte jedoch zur Folge, dass diese neue Rspr gerade in den bisher gar nicht oder nur mühsam lösbaren Fällen kaum anwendbar war, nämlich dann, wenn der Bevollmächtigte über Geld oder über ein eigenes Konto ungetreu verfügte, das auch Zahlungen für den Auftraggeber enthielt. Bei Bargeld behelf sich das RG zunächst mit der Annahme, der Bevollmächtigte müsse gerade die konkreten Geldstücke, die er erhalten hatte, an seinen Auftraggeber herausgeben¹⁾. Nur auf Grund dieser Annahme kam das RG in der die Lehre vom Individualanspruch begründenden Entscheidung RGSt 62, 58 und in RGSt 63, 406 zu einem positiven Ergebnis. (Ähnlich später RG in HRR 1931, Nr 550)

Aber schon in RGSt 64, 86 gab das RG die bisherige Einschränkung der Sache nach auf. Dort hatte ein mit Inkassovollmacht versehener Agent, der Kundenzahlungen über sein Bankkonto laufen lassen durfte, sein Bankguthaben über den ihm intern zustehenden Betrag hinaus angegriffen. Das RG bezeichnete auch diesen

der Auftraggeberin gegen den Bevollmächtigten aus dem Auftrag zustehenden Anspruch auf Überweisung der ihr zustehenden Beträge, zweifelsohne nur eine rechnungsmässig zu bestimmende Geldforderung, als einen Individualanspruch und setzte damit den Individualanspruch ohne Vorbehalt der dem Auftraggeber gegen den Bevollmächtigten zustehenden Forderung gleich. Die Frage, inwiefern der Bevollmächtigte über eine derartige Verbindlichkeit, die nicht auf die auftragsgemässe Verwendung eines konkreten Gegenstandes gerichtet war, verfügen konnte, löste das RG nun tatsächlich beim Tatbestandsmerkmal "Verfügung": Der Bevollmächtigte verfügte über eine derartige Forderung, wenn er die in RGSt 64, 86 vom RG aufgerichtete Grenze überschritt: "Wesentlich ist nur, dass der Angeklagte sein Bankguthaben niemals über den Betrag hinaus erschnopfen durfte, der ihm die Möglichkeit liess, den auf dem Auftragsverhältnis beruhenden Individualanspruch der Firma auf Weiterüberweisung der ihr zustehenden Beträge jederzeit nach Eintritt der Verpflichtung hierzu zu erfüllen".

Auch die in der Folgezeit zahlreiche ergangenen Entscheidungen zum Individualanspruch kehrten nicht mehr zu dem ursprünglichen Begriff des Individualanspruchs zurück 1).

cc) Wirtschaftliches Vermögen

In einigen zu den gerade besprochenen Entscheidungen zeitlich parallelen Erkenntnissen suchte das RG unbillige Ergebnisse mit Hilfe einer Wendung zu vermeiden, die schon vom Preuss. Obertribunal zur alten Unterschlagungsbestimmung häufig bemüht worden war, nämlich dem Begriff der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit.

Ob diesem Gesichtspunkt nach Auffassung des RG selbständige Bedeutung gegenüber dem Begriff des Individualanspruchs zukommen sollte, erscheint bei Durchsicht der einschlägigen Entscheidungen fraglich:

Zunächst lehnte das RG noch in LZ 1920, 832 (Nr 6) die Auffassung als richtig ab, es genüge, dass das als Gegenstand der Untreue in Betracht kommende Vermögensstück wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehöre. Dagegen sah es in RGSt 61, 174 Grundschriftbriefe, die einem anderen mit dem Auftrag übergeben wurden, dem Auftraggeber durch ihre Hinterlegung ein Darlehen zu

1) Hans. OLG in HRR 1929, Nr 1538: Individualanspruch des Auftraggebers bezüglich der für den Auftraggeber auf Konto des Bevollmächtigten eingezahlten Beträge; RGSt 67, 273; RGSt 69, 223: Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses aus der Einziehung einer Forderung; RGSt 65, 277: Anspruch der Gläubiger auf Gutschrift des dem Gerichtsvollzieher in ihren Angelegenheiten gewährten Preisnachlasses bei Inseraten; HRR 1934, Nr 535: Anspruch des Staates, dass der Notar aus eingenommenen Geldern Stempelmarken anschaffe.

Lediglich das Hans. OLG in HRR 1932, Nr 1622 schränkt den Begriff des Individualanspruchs wieder ein.

verschaffen, wegen ihrer wirtschaftlichen Zugehörigkeit zum Vermögen des Auftraggebers als Vermögensstücke desselben an. Die Entscheidung wie auch die irr- tümlich vom RG später in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung RGSt 56, 121 trafen jedoch auch ohne den Begriff der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit die Rechtslage; denn in beiden Fällen war der Bevollmächtigte nur zur Verfügung über das fragliche Vermögensstück ermächtigt (nach Ansicht des RG), so dass Rechtsinhaber der Auftraggeber blieb. Der nur in RGSt 61, 174 erwähnte, dagegen in RGSt 56, 121 nachträglich hineininterpretierte Begriff der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit wurde vom RG offenbar nur als zusätzliche Begründung ohne grosse Bedeutung mitverwendet, veranlasst durch eine noch wenig differenzierende Betrachtungsweise treuhänderischer Rechtsübertragung. In RGSt 61, 341 erörterte das RG, ob Forderungen des Kommissionärs aus einem Ausführungsgeschäft wegen der wirtschaftlichen Bedeutung, die sie für den Kommittenten schon vor ihrer Abtretung an ihn haben, auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 392 Abs 2 HGB wenigstens im Sinne des § 266 Abs 1 Zi 2 als Vermögensstücke (wenn auch nicht als Forderungen) des Kommittenten angesehen werden dürften. Es liess diese Frage aber ausdrücklich unentschieden, weil der im konkreten Fall anwendbare § 95 BörsG eine Klärung nicht erforderte. Nach den bisher angeführten Entscheidungen kam der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit also weder besonderes eigenes Gewicht zu, noch hat das RG deutlich über den Begriffsinhalt gesprochen.

Wie das RG den Begriff auffasste, erhellt deutlich erst aus RGSt 62, 58, die seine Beziehung zum Individualanspruch herstellte: Das RG ging in dieser Entscheidung davon aus, dass man nicht von einer Spaltung in ein äusseres und ein inneres Eigentum oder Gläubigerrecht reden könne. Daher werde der Bevollmächtigte zivilrechtlich Träger solcher Vermögenswerte des Auftraggebers, die zwecks leichter Abwicklung vom Auftraggeber formell auf ihn übertragen wurden. Es erklärt dann jedoch: "Im Innenverhältnis aber erwirbt er jene Vermögenswerte von dem Auftraggeber wie für ihn nur fiduziarisch aus dem Treueverhältnis heraus d. h. wirtschaftlich gehören sie in dessen Vermögen. Rechtlich findet dieses Verhältnis seinen Ausdruck in dem aus dem Auftrag erwachsenden Anspruch des Geschäftsherrn auf auftragsgemässe Verwendung der übertragenen oder auf Ausantwortung der erlangten individuellen Vermögensrechte ..."

Wirtschaftlich gehörten also nach Auffassung des RG auch solche Gegenstände zum Vermögen des Auftraggebers, die zwar zivilrechtlich dem Bevollmächtigten zustanden, aber auf Grund des Innenverhältnisses im Interesse des Auftraggebers zu verwenden oder an ihn herauszugeben waren. Während aber das RG in RGSt 62, 58 den Begriff der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit rechtlich d. h. bei der Subsumtion unter den Tatbestand des § 266 mit der Konstruktion des Individualanspruchs berücksichtigte, und so an dem stets vertretenen Grundsatz festhielt, wonach sich die Vermögenszugehörigkeit eines Gegenstands nach dem Zivilrecht entscheide, könnte die Entscheidung JW 1929 S. 2731 (Nr 31) darauf

schliessen lassen, das RG habe diesen Grundsatz aufgegeben und lasse statt der zivilrechtlichen die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit bestimmen 1). Es führte dort aus: "In der neueren Rspr des RG ist anerkannt, dass das "Vermögensstück des Auftraggebers" nicht rechtlich im Eigentum des Auftraggebers zu stehen braucht, sondern dass es genügt, wenn es wirtschaftlich zu dessen Vermögen gehört ..." Als Belege für seine Auffassung nannte das RG ausser einer nicht veröffentlichten Entscheidung die Urteile RGSt 56, 121 und 62, 58, 60. Das erste Zitat trifft gar nicht zu. Denn in jener Entscheidung wurde als entscheidender Gesichtspunkt dafür, dass ein Vermögensstück des Auftraggebers vorliege, die Ermächtigung des Bevollmächtigten zur Verfügung über ein Konto des Auftraggebers angenommen, somit bestand zivilrechtlich das Gläubigerrecht des Auftraggebers. Der Umstand, dass auch RGSt 62, 58, 60 angeführt wurde, spricht dafür, dass das RG mit dem Begriff der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit oberflächlich und ungenau die Rspr zum Individualanspruch meinte. Diese Deutung bestätigt JW 1932 S. 1746 Nr 28, wo das RG das Verhältnis von wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit und Individualanspruch noch einmal deutlich machte: "Irrig ist die Annahme, die ... Rspr gehe von dem Grundgedanken aus, dass durch die Strafvorschrift gegen Untreue nicht das rechtliche, sondern das "wirtschaftliche" Vermögen geschützt werde. Damit wird der Sinn jener Rspr ... verkannt. Vielmehr hat jene Rspr nur die - bis dahin zweifelhafte - Frage klargestellt, ob ein Anspruch auf Ausantwortung eines bestimmten Gegenstandes, sei es einer Sache, sei es einer Forderung, ein "Vermögensstück" - selbstverständlich i. S. der Rechtsordnung - und darum der Untreue zugänglich sei".

Nach alledem ist anzunehmen, dass die Rspr zum wirtschaftlichen Vermögen nur eine ungenaue Anwendung der Rspr zum Individualanspruch darstellte. Die genaue Konstruktion hielt auseinander einerseits die unmittelbare rechtliche oder tatsächliche Einwirkung auf einen konkreten "wirtschaftlich" dem Auftraggeber zustehenden Gegenstand, die für sich genommen nicht tatbestandsmässig wäre, und andererseits die durch diese Einwirkung auf den konkreten Gegenstand mittelbar erfolgende Beeinträchtigung des auf Ausantwortung oder auftragsgemässe Verwendung dieser konkreten Gegenstände gerichteten Anspruchs des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten. Nur diese Beeinträchtigung des Anspruchs des Auftraggebers sah sie als tatbestandsmässige Verfügung über ein Vermögensstück, nämlich den Individualanspruch des Auftraggebers, an. Dagegen liess die Rspr zur wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit, sofern sie überhaupt selbständigen Gehalt besass, den Umweg über die mittelbare Beeinträchtigung des Individualanspruchs weg und bezeichnete die unmittelbare Einwirkung auf den konkreten Gegenstand, den der Bevollmächtigte nur treuhänderisch besitzt, als Verfügung über ein wirtschaftlich dem Auftraggeber zustehendes Vermögensstück.

1) Ähnlich unklar unter Berufung auf RGSt 62, 58 das BayOLG in HRR 1935, Nr 399.

Selbst wenn aber der Unterschied in der Konstruktion bewusst gewollt war, so lag beiden Auffassungen derselbe Gedanke zugrunde, nämlich, dass man sich zu der Frage, über welches Vermögensstück der Bevollmächtigte verfügen darf, an dem Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigten orientieren müsse, dass dagegen die dingliche Rechtslage an einem Gegenstand als solche nicht massgebend sei.

B. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 266 n.F. StGB

Die Bestimmungen über die Untreue wurden durch die sogenannte Korruptionsnovelle, das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 16. 5. 1933 (RGBl I 295), in den seither geltenden § 266 n.F. umgeändert.

Die neue Fassung des § 266 versucht, "... einen von aller Kasuistik befreiten allgemeinen Tatbestand der Untreue aufzustellen, der bewusst weitgezogen und geeignet ist, die Fälle der strafwürdigen, treuwidrigen Vermögensschädigung möglichst lückenlos zu erfassen" 1). "Zugleich sucht das neue Gesetz den über das Wesen der Untreue bestehenden Widerstreit zwischen der "Missbrauchs-" und der "Treubruchs"-Lehre zu lösen, indem es ... beide Grundauffassungen verwertet und zusammenfasst" 2).

Nach der Novelle stehen der Missbrauchs- und der Treubruchstatbestand selbständig im Verhältnis strenger Subsidiarität des letzteren nebeneinander 3). In dieser Reihenfolge wird demgemäss auch die Rspr zu § 266 n.F. behandelt. Eine besondere Unterteilung des Treubruchstatbestandes in einen zivilrechtlichen und einen tatsächlichen, die an sich im Hinblick auf deren verschiedene Herkunft von der zivilrechtlichen und tatsächlichen Treubruchstheorie gerechtfertigt ist 4), empfiehlt sich für die Zwecke der vorstehenden Untersuchung nicht, weil die für § 266 2. Alt. n.F. wesentliche "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" beiden Treubruchstatbeständen gemeinsam ist. Ebenso wenig ist eine Unterteilung der Rspr für die Zeit vor und nach 1945 wegen der seit 1945 veränderten Verfassungslage notwendig; denn das RG ging an die Auslegung des sehr weit gefassten Untreuetatbestandes mit grosser Vorsicht heran, andererseits übernahm der BGH diese vorsichtige Rspr des RG. Demgemäss haben sich Auswirkungen der jeweiligen Verfassungslage auf die Rspr nicht gezeigt.

1) E. Schäfer in DJZ 1933, 794

2) RGSt 69, 58 in Anlehnung an E. Schäfer in DJZ 1933, 794

3) RG JW 1934, 941; OLG Oldenburg HEST 2, 45; LM § 266 Nr 17; dahingestellt in RGSt 68, 371; inkonsequent, weil ausgesprochen, dass beide Tatbestände zum Nachteil derselben Person durch dieselbe Handlung erfüllt seien: RGSt 70, 53; RGSt 73, 212; HRR 1935, Nr 765.

4) Schwinge - Siebert S. 19

I. MISSBRAUCHSTATBESTAND

In § 266 1. Alt. ist die Missbrauchstheorie, wonach das Wesen der Untreue im Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen besteht, verwirklicht. Die wenigen Entscheidungen, die zu dieser Bestimmung ergingen, beschränkten sich im wesentlichen darauf, deren im Verhältnis zu § 266 2. Alt. eindeutigen Wortlaut zu bestätigen.

1) Täter des Missbrauchstatbestandes

Täter der Untreue gem. § 266 1. Alt. kann nur sein, wem die Befugnis eingeräumt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Die Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis verstanden sowohl RG wie BGH offenbar in dem nach Wortlaut und Herkunft dieser Bestimmung allein möglichen 1) zivilrechtlich technischen Sinn als Vertretungsmacht bzw. Verfügungsbefugnis kraft Ermächtigung. Dies ist zwar in keiner Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber daraus, dass die Obergerichte in diesbezüglichen Fällen stets prüften, ob eine Befugnis in dem genannten Sinn bestehe 2). Eine bedeutsame Klarstellung brachte in diesem Zusammenhang lediglich BGH St 5, 61 zu der Frage, ob auch in den Fällen, in denen jemand gem. §§ 932, 407 BGB wirksam verfügen kann, eine Befugnis im Sinne des § 266 1. Alt. vorliege 3). Der BGH erklärte dazu, die Rechtsmacht auf Grund der genannten Bestimmungen sei eine Wirkung des Gutgläubensschutzes, aber keine Befugnis: "Von "Befugnis" kann nur dann die Rede sein, wenn die Rechtsmacht ihren Ursprung in einem Rechtsverhältnis zwischen dem Träger und demjenigen, zu dessen Lasten sie geht, hat". Denn der Zweck des Missbrauchstatbestandes bestehe in dem Schutz von Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten mehr rechtliches Können als rechtliches Dürfen eingeräumt sei. Demnach setzt eine Verpflichtungs- bzw. eine Verfügungsbefugnis nach Auffassung der Rspr nicht nur die Rechtsmacht voraus, durch Verfügung im eigenen bzw. Verpflichtung und Verfügung im fremden Namen für einen anderen wirksam handeln zu können, sondern erfordert auch immer ein rechtswirksames Innenverhältnis, das die Ausübung dieser Rechtsmacht regelt 4). Endlich sprach das OLG Braunschweig in NJW 47/48, S. 71 im Anschluss an RG JW 1938, 2336 (Nr 11) aus, die Verfügungsbefugnis i. S. des § 266 setze nicht umfangreiche Ver-

1) Schwinge - Siebert S. 18, 20

2) vgl RGSt 68, 371; HRR 1939, Nr 202; HRR 1939, Nr 1386; BGHZ NJW 1953, 457; LM § 266 Nr 11 und 21.

3) vgl auch LM § 266 Nr 21; § 667 BGB verleiht keine Befugnis zur Verfügung.

4) Ob das RG in HRR 1940, Nr 267 von dem Erfordernis eines wirksamen Innenverhältnisses abweichen will, kann nicht beurteilt werden, weil der Sachverhalt zu knapp angegeben ist.

waltungs- oder Verfügungsermächtigungen voraus. Vielmehr genüge ein noch so beschränkter Auftrag 1). Damit wird jedoch nur klargestellt, was in Anbetracht der Selbständigkeit der Untreuebestimmungen in § 266 1. Abs. und der in ihnen enthaltenen verschiedenen Auffassung über das Wesen der Untreue selbstverständlich ist, nämlich, dass die von der Rspr zum Begriff der "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" entwickelten Merkmale nicht in die 1. Alt. des § 266 hineingetragen werden dürfen.

Eine gewisse Entwicklung hat die Rspr zum Begriff des "fremden Vermögens" in § 266 1. Alt. durchgemacht. Das RG verstand hierunter nicht nur im zivilrechtlichen Sinne fremdes Vermögen, sondern arbeitete auch nach Änderung des § 266 mit den von ihm geprägten Begriffen der "Wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit" und des "Individualanspruchs". Demgemäss waren nach seiner Auffassung im Ergebnis 2) auch solche dem Verfügenden zivilrechtlich zustehende Vermögensrechte für ihn "fremdes Vermögen", die er an seinen Auftraggeber übertragen oder sonst für diesen in bestimmter Weise verwenden sollte. Diese Auffassung sprach das RG deutlich 3) aus in HRR 1937, Nr 1623. Der Angeklagte hatte dort eine Grundschuld über 1.000. -- RM abgetreten erhalten, war aber verpflichtet, nach deren Auszahlung 800. -- RM für eine Verbindlichkeit seiner Zedentin zu bezahlen. Das RG argumentierte, die Grundschuld bzw. das nach ihrer Auszahlung bestehende Bankguthaben sei in Höhe von 800. -- RM wirtschaftlich Vermögen der Zedentin gewesen, sie habe einen Individualanspruch auf Auszahlung bzw. Verwendung der Gelder zur Tilgung ihrer Verbindlichkeit gehabt. Der Angeklagte habe die Befugnis, über diesen Individualanspruch zu verfügen, missbraucht, indem er monatelang nicht zahlte. Demgegenüber erklärte der BGH in BGHSt 1, 186: "... Der Umstand, dass ein Gegenstand wirtschaftlich zum Vermögen eines anderen gehört, macht ihn allein noch nicht zum fremden Vermögen im Sinne des Missbrauchstatbestandes ..." Die Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des sogenannten Individualanspruchs "war durch die enge und kasuistische Fassung des alten Untreuetatbestandes nahegelegt. Sie ist heute entbehrlich, weil die in Betracht kommenden Fälle jetzt zum zweiten Tatbestand des § 266, dem Treubruchstatbestand gehören ..." Von einer festen Rspr kann allerdings insoweit nicht ge-

1) Die Entscheidung fährt dann allerdings inkonsequent fort; Dass hierbei eine gewisse Selbständigkeit mit einem gewissen Spielraum für pflichtgemäßes Er-messen bestanden habe und nicht nur eine völlig untergeordnete, mechanische Arbeit verrichtet worden sei, liege auf der Hand.

2) vgl zur genauen Konstruktion oben S. 48, 49

3) vgl auch RG in HRR 1937, Nr 65 und HRR 1939, Nr 202. Beide Entscheidungen lassen die oben dargelegte Auffassung des RG vermuten; allerdings ist unklar, von welcher Zivilrechtslage das RG ausging.

Deutlich HRR 1938, Nr 494; Das aus der Einzahlung von Fremdgeldern entstandene Bankguthaben eines Rechtsanwalts ist Vermögensstück der Mandanten.

sprochen werden, weil weitere Entscheidungen zu dieser Frage mit Ausnahme von BGHZ in NJW 53, 457 nicht ergangen sind, und diese Entscheidung sogar wieder frühere Überlegungen des RG anklingen lässt 1).

Mit den in § 266 1. Alt. angegebenen möglichen Quellen der Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis befasste sich ausser RGSt 69, 333 (behordl. Auftrag) keine Entscheidung.

2) Die Untreuehandlung

§ 266 1. Alt. beschreibt die Untreuehandlung als "Missbrauch" der eingeräumten Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis. In dem "Missbrauchen" ist jedoch nicht nur die Handlung, sondern auch die Pflichtwidrigkeit der Handlung enthalten. Denn das "Missbrauchen" bezeichnet systematisch genau ein Gebrauchmachen von der Befugnis, das sich als Missbrauch darstellt. Hier soll demnach nur untersucht werden, was die Rspr unter dem Gebrauchmachen verstand, während die Frage des Missbrauchs einer zusammenhängenden Untersuchung über die Pflichtwidrigkeit der Untreue vorbehalten bleibt.

Nach dem Wortlaut des § 266 kann die Untreuehandlung des Missbrauchstatbestandes offenbar nur in der Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte bestehen, zu deren Vornahme dem Täter die Rechtsmacht eingeräumt ist, weil andernfalls ein Gebrauchmachen von der Befugnis nicht vorliegt. Desungeachtet erklärte das RG in RGSt 68, 371 auch eine tatsächliche Handlung, das Benutzen von Räumen, als taugliche Untreuehandlung: "Nach der neuen Fassung des § 266 gehört es - anders als nach der früheren Fassung des § 266 Abs 1 Z 3 - nicht mehr zum Tatbestand, dass die Handlung des Täters in einem Verfügen über Vermögensstücke besteht; es genügt vielmehr jede Handlung, die nach aussen im Rahmen seiner Befugnis liegt, über Vermögensstücke zu verfügen, im Innenverhältnis aber die Grenzen des Erlaubten so erheblich überschreitet, dass sie sich als Missbrauch darstellt. Die Handlung kann somit auch in einer vertragswidrigen Benutzung einer Sache bestehen, über die der Treuhänder nach aussen zu verfügen berechtigt ist" (373).

- 1) BGHZ NJW 1953, 457 zur Auslegung des als Schutzgesetz i. S. § 823 Abs 2 BGB anzusehenden § 266 StGB: B - GmbH hat den Erlös aus ihr übergebenen Verlängerungswechseln nicht zur Einlösung der Erstwechsel verwendet, sondern für sich zur Abdeckung ihres Schuldsaldos gutschreiben lassen. Zu einer derartigen Verwendung des Erlöses als Verfügungsmissbrauch erklärt der BGH: "... dieser Erlös floss der B - GmbH nur für Rechnung der K1 zu. Er war für sie nach seiner Zweckbestimmung fremdes Vermögen, das ihr allerdings mit der Folge anvertraut war, dass sie hierüber nach Belieben verfügen konnte, aber nur zugunsten der K1 ... verfügen durfte ..."
- Diese Entscheidung stünde nur dann im Einklang mit BGHSt 1, 186, wenn der Erlös an die K1 übereignet wurde. Der Sachverhalt gibt darüber keinen eindeutigen Aufschluss.

Diese vom klaren Wortlaut und Sinn des § 266 1. Alt. abweichende Auffassung zur Untreuehandlung bestätigten RG HRR 1935, Nr 765 und HRR 1937, Nr 1623, wo die Angeklagten wegen einer Unterlassung, im ersten Fall einzuschreiten gegen die widerrechtliche Verteilung von Geld, im zweiten Fall eine Verbindlichkeit der Auftraggeberin zu bezahlen, aus § 266 1. Alt. bestraft wurden. Denn auch eine Unterlassung stellt kein Gebrauchmachen von der Befugnis dar. In der Folgezeit hat sich keine Entscheidung mit dieser Frage beschäftigt 1).

Im ganzen gesehen ist die Rspr zum Missbrauchstatbestand also wenig ergiebig. Festzuhalten ist vor den Einzelergebnissen, die wegen der geringen Zahl von Entscheidungen kaum als Rsprgrundsätze im Sinne einer feststehenden Rspr angesprochen werden können, vor allem, dass sich der Missbrauchstatbestand offensichtlich praktisch nicht bewährt hat. Zwar könnte man aus der geringen Zahl von höchstrichterlichen Entscheidungen auch im Gegenteil folgern, sein klarer Wortlaut habe die meisten Verurteilten von einer Revisionseinlegung abgehalten und die Urteile über dennoch eingelegte Revisionen seien wegen der in ihnen ausgesprochenen Selbstverständlichkeiten nicht veröffentlicht worden. Aber näher liegt doch die Vermutung, dass die Untergerichte entsprechend der auch in Entscheidungen des RG und BGH bisweilen erkennbaren Tendenz in Zweifelsfällen auf Grund des bequemeren, weil weiteren Treubruchstatbestandes verurteilt haben. Ganz abgesehen davon, dass die Untreuehandlung kaum in der Vornahme eines Verpflichtungsgeschäfts und selten in der Vornahme einer Verfügung, sondern meist in einer tatsächlichen Handlung oder in einer Unterlassung besteht.

II. TREUBRUCHSTATBESTAND

Der Treubruchstatbestand stellt eine "Anlehnung an die Treubruchstheorie und die in der Rspr zur Geltung gelangten Tendenzen" dar 2). Er geht aber seinem Wortlaut nach weit über diese beiden "Bestimmungsfaktoren" hinaus. Wegen seiner im Gegensatz zum Missbrauchstatbestand weiten und unbestimmten Fassung wurde er zur überwiegend beanspruchten Untreuebestimmung nach Änderung des § 266. Andererseits ist es der Rspr trotz ihrer hier zahlreichen Entscheidungen nicht gelungen, seine Grenzen insbesondere hinsichtlich des Täterkreises eindeutig festzulegen.

1) Ob BGH in LM § 266 Nr 4 diese Auffassung ebenfalls bestätigt hat, kann nicht beurteilt werden, weil nur der Leitsatz dieser Entscheidung bekannt ist.

2) E. Schäfer in DJZ 1933, 794

1) Täter des Treubruchstatbestandes

a) "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen"

Täter des Treubruchstatbestandes kann nur sein, wem kraft der in § 266 2. Alt. genannten Quellen die "Pflicht" obliegt, "fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen". Mit dieser gesetzlichen Beschreibung des Täterkreises war die Rspr vor im Vergleich zu § 266 a.F. entgegengesetzte Aufgaben gestellt. Der Begriff des "Bevollmächtigten" hatte vom damaligen Zivilrecht her seinen festen Sinn, der der Rspr bei der für notwendig befundenen Ausdehnung des Begriffs eine klare Richtschnur bot. Dagegen liess der vom Gesetzgeber nun gewählte Ausdruck nach seinem unbestimmten Wortlaut die Grenzen, innerhalb deren eine Verletzung der in § 266 2. Alt. genannten Pflicht strafbar sein sollte, nicht erkennen. Das RG hatte daher dieser "Rahmenvorschrift" überhaupt erst einen für die praktische Anwendung tauglichen Inhalt zu geben.

An dieser Aufgabe versuchte sich das RG in der bis heute massgebenden Entscheidung RGSt 69, 58. Es wies zunächst auf die "erheblichen Schwierigkeiten" einer Begriffsbestimmung des sehr weit gefassten Begriffs "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" hin. Sicher sei nur, dass das Gesetz hier, anders als beim Missbrauchstatbestand, das Innenverhältnis zwischen dem Inhaber des Vermögens und dem Täter für massgebend erkläre. Im übrigen wolle es offenbar unter dem Begriff die in § 266 Abs 1 Zi 1 und 3 einzeln, aber lückenhaft aufgezählten Personen zusammenfassen, soweit sie nicht schon unter den Missbrauchstatbestand fielen. Der Begriff reiche aber seinem Wortlaut nach weiter: "... Man kann hierunter alle Aufgabenkreise und Tätigkeiten verstehen, die eine Einwirkung irgendwelcher Art (durch Handlung, Duldung, Unterlassung) auf das Vermögen oder Vermögensteile eines anderen zum Gegenstand haben ...". Der Wortlaut des Gesetzes "lässt sich selbst auf ganz untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnissen, ja sogar noch auf einen grossen Teil der Botendienste anwenden..."

Das RG hielt jedoch eine derartig weite, nur nach dem Wortlaut des Gesetzes ausgerichtete Auslegung des Begriffs für untragbar. Es folgte aus der in der Novelle vorgenommenen erheblichen Erhöhung des ausserordentlichen wie des ordentlichen Strafrahmens für die Untreue und aus dem sprachlichen Inhalt der Ausdrücke "Wahrnehmen", "Betreuen" und "Vermögensinteressen", dass der Begriff "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einschränkend auszulegen und auf "Vorgänge von einigem Gewicht" zu beschränken sei. Der Gesetzgeber habe zwar den Bereich der strafbaren Untreue erweitern wollen, aber nicht ins Ungemessene. "Nicht jeder kleinste, vom Standpunkt der Volksgesamtheit vielleicht bedeutungslose Fehltritt" solle "den schweren Folgen der neuen Strafbestimmung unterstellt werden". Um bei der unbestimmten Fassung des Gesetzes überhaupt eine Grenze ziehen zu können, müsse man neben dem Wortlaut den vom Gesetzgeber mit der Änderung der Untreuebestimmungen verfolgten Zweck beachten, "im Kampf gegen "Schiebertum" und "Korruption" den strafrechtlichen Schutz von Treu und

Glauben im Verkehr sowie die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel" zu "erweitern" und zu "verstärken".

Daraus ergibt sich nach Auffassung des RG, dass das Gesetz nur Treueverhältnisse zwischen dem Täter und dem Vermögensinhaber schützen will. Ein solches besteht aber nur, wenn der Begriff "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" auf "Vorgänge von einigem Gewicht" beschränkt wird. Denn in anderen Fällen - dies ist offenbar die vom RG zwar nicht ausgesprochene, aber massgebende Erwägung - werde dem Täter vom Vermögensinhaber nicht in dem Mass Vertrauen erwiesen, dass daraus eine Pflicht zur Treue entstehen könnte. Anhaltspunkte für solche allein das Tatbestandsmerkmal der "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" erfüllende "Vorgänge von einigem Gewicht" sah das RG in "Pflichten oder Pflichtenkreise(n)..., die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über blosse Einzelfälle hinaus erstrecken, so dass der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat, mag auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormunds, eines Testamentsvollstreckers oder eines anderen Vermögensverwalters im eigentlichen Sinn mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbesorgung i. S. des bürgerlichen Rechts nähern. Nicht hierher werden in der Regel rein "mechanische" Tätigkeiten gehören, so blosse Botentätigkeit als solche oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge. Ausnahmen sind freilich auch hier denkbar, wie etwa die Tätigkeit eines Kassenboten ..."

Diese im Zusammenhang gegebene Interpretation der Meinung des RG bedarf in einem Punkt der Begründung. Zoller versteht die Entscheidung RGSt 69, 58 dahin, dass das RG "die Annahme eines Treupflichtverhältnisses von dem Vorliegen zweier Merkmale, nämlich von einem gewissen Umfang oder einer gewissen Dauer des Pflichtverhältnisses abhängig machte" 1). Demgegenüber wird hier die Auffassung vertreten, das RG habe mit den genannten Merkmalen nur beispielhafte Anhaltspunkte ohne Ausschlussanspruch für die von ihm zur Annahme einer Treupflicht i. S. des § 266 2. Alt. erforderlichen "Vorgänge von einigem Gewicht" geben wollen 2). Dafür spricht einmal der Umstand, dass das RG aus demselben Gesichtspunkt, dem sprachlichen Inhalt der im Gesetz enthaltenen Ausdrücke, zunächst folgerte, es müsse sich bei der Tätigkeit des Verpflichteten gem. § 266 2. Alt. um Vorgänge von einigem Gewicht handeln, und dann diese Tätigkeit im einzelnen umriss. Daraus und aus den vorsichtigen Formulierungen, mit denen das RG die Tätigkeit beschrieb, darf geschlossen werden, dass es die

1) Zoller S. 68

2) Die Streitfrage ist zwar im Hinblick auf die nachfolgende Rspr. die eindeutig diese Auffassung vertrat, ohne praktische Auswirkung. Die grundlegende Bedeutung der Entscheidung RGSt 69, 58 verlangt aber doch ihre Klärung.

"Vorgänge von einigem Gewicht" als allgemeine Umschreibung der "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" auffasste und diesen Oberbegriff zwar an Merkmalen verdeutlichen, aber nicht in dieser Weise einseitig auf den zeitlichen oder sachlichen Umfang abgestellt begrenzen wollte. Für diese Auffassung spricht auch die Erwähnung der "untergeordneten Einzelaufträge", für die das RG § 266 2. Alt. nicht anwenden wollte. Unter einem "Einzelauftrag" kann das RG nur einen Auftrag zur Erledigung eines Geschäfts verstanden haben. Ein solcher erstreckt sich aber im Regelfall weder über eine gewisse Zeit noch über bloße Einzelfälle hinaus. Er erfüllt daher die vom RG angegebenen Merkmale nicht. Aus dem einschränkenden Zusatz "untergeordnet" ergibt sich aber, dass nicht untergeordnete Einzelaufträge den Treubruchstatbestand nach Auffassung des RG erfüllen konnten. Endlich dient als Beleg, was das RG in RGSt 6, 58 zum Abschluss über die Bedeutung seiner Erkenntnisse für die praktische Handhabung des § 266 2. Alt. sagte: "Mit alledem ist es freilich nicht gelungen, eine eindeutige, alle Fälle treffende Grenze zu ziehen, so dass gewissermassen ein Schlüssel dafür gewonnen wäre, was unter § 266, was über ihn hinaus fällt. Das ist bei der Unbestimmtheit des Gesetzesausdrucks überhaupt nicht möglich; ihr muss vielmehr entnommen werden, dass der Gesetzgeber - wohl in bewusstem Gegensatz zur bisherigen Fassung des § 266 - darauf hat verzichten wollen, die Rechtsprechung an starre Rechtsbegriffe zu binden, und ihr stattdessen eine Art Rahmenvorschrift zur Ausfüllung hat einräumen wollen. Bei dieser Ausfüllung können die erörterten Gesichtspunkte dem Richter Hinweise dafür geben, auf welche Anzeichen er bei der von ihm zu treffenden Entscheidung zu achten hat. Ob dann im Einzelfall von einer Pflicht zur Wahrnehmung und Betreuung fremder Vermögensinteressen gesprochen werden kann, hat der Richter schliesslich nach seinem vernünftigen Ermessen zu entscheiden, für das ihm als Masstab der Zweck des Gesetzes und dessen Entstehungsgeschichte dienen müssen" 1).

Die vom RG zur Auslegung der "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" erarbeiteten Grundsätze hat die Rspr bis heute unverändert beibehalten. Die Überzeugung, dass die in § 266 erforderte Pflicht gegenüber dem nach dem Wortlaut möglichen Inhalt einschränkend auszulegen sei, wurde zwar als allgemeine Tendenz kaum ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der laufenden Anwendung der weiteren Grundsätze, die auf ihr beruhen.

Dass § 266 nur Treueverhältnisse schützt, sprachen in der Folgezeit u. a. die Entscheidungen RGSt 73, 299, HRR 1940, Nr 649, RGSt 77, 150 (die Verpflichtung müsse ihrem Wesen nach Treupflicht sein), BGH St 1, 186, 3, 290 und LM § 266 Nr 20 aus. Allerdings scheinen einige Entscheidungen das Wesen dieser Treupflicht aus den Augen verloren zu haben. So erklärte das RG in RGSt 70, 205: "Diese rechtliche Verpflichtung (einer Ehefrau, für die Vermögensinteressen ihres

1) Daraus ergibt sich auch, dass Schwinge in JW 1937, 1805 (zu RGSt 71, 90) zu Unrecht erklärt, das RG sei zunächst von abstrakter Beurteilung ausgegangen.

wegen Geistesschwäche entmündigten Ehemannes zu sorgen) ergibt sich unter den besonderen Umständen, wie sie hier vorliegen, schon aus der sittlichen Pflicht der Frau, dem Manne und seinem Vermögen jede Unterstützung und Betreuung zuteil werden zu lassen ...". Ähnlich unklar sprach der BGH in LM § 266 Nr 21 von einem "sozial-ethischen" Treueverhältnis. Gegenüber diesen wenigen missverständlichen Entscheidungen, die das Wesen der Treupflicht in sittlichen Bindungen sahen, lassen zahlreiche Entscheidungen 1) die RGSt 69, 58 zugrundeliegende Auffassung erkennen: Die Treupflicht wird als Ausfluss des besonderen Vertrauensverhältnisses verstanden, das durch Betrauung des Verpflichteten mit der "Wahrnehmung von Vermögensinteressen" begründet wird.

Demgemäss verlangte die Rspr auch immer, die "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" müsse in Tätigkeiten von einigem Gewicht bestehen, weil nur die Übertragung derartiger Tätigkeiten das in § 266 vorausgesetzte Vertrauensverhältnis begründen könne. Ob eine solche Aufgabe übertragen war, beurteilte sie konkret nach den Umständen des einzelnen Falles 2). Die in RGSt 69, 58 angegebenen Merkmale dienten ihr bei dieser konkreten Beurteilung lediglich als Anhaltspunkte, bezeichneten aber nicht notwendig und abschliessend, was unter "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" zu verstehen ist. Einige den Treubruchstatbestand verneinende Entscheidungen, die zur Begründung lediglich auf das Fehlen solcher Merkmale verwiesen, bilden davon keine Ausnahme. Denn hier handelte es sich um Fälle, in denen neben den zur Annahme einer "Tätigkeit von einigem Gewicht" erarbeiteten Merkmalen auch sonstige Umstände fehlten, die es gerechtfertigt hätten, eine "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" zu bejahen. Dass die Rspr stets konkret beurteilte, und die in Rede stehenden Merkmale nicht etwa als ungeschriebene Tatbestandsmerkmale betrachtete, sprach zuletzt BGH LM § 266 Nr 32 ausdrücklich aus: "Ob eine Wahrnehmung von Vermögensinteressen im Sinne des Treubruchstatbestandes vorliegt, kann nur nach den gesamten Umständen des Falles entschieden werden; der Grad der Selbst-

1) LM § 266 Nr 19: Erforderlich ist ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten: "... Die strafrechtliche Ahndung einer jeden Verletzung bloss vertraglicher und moralischer Pflichten würde rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechen".

LM § 266 Nr 20: "Vielmehr geniessen nur solche Rechtsbeziehungen den Schutz des § 266 StGB, bei denen gerade die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand bildet und bei denen deshalb der eine Vertragspartei in besonderem Masse das Vertrauen des anderen Teiles in Anspruch nimmt".

2) bzw nach gleichliegenden, in der Rspr vorher bereits entschiedenen Fällen. Damit ist der späteren Entscheidung aber lediglich von der früheren diese konkrete Beurteilung abgenommen. An der grundsätzlich konkreten Betrachtungsweise ändert sich dadurch nichts.

ständigkeit, der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und der Verantwortlichkeit des Verpflichteten, die Dauer, der Umfang und die Art seiner Tätigkeit sind hierfür nur Beweisanzzeichen (wie RGSt 69, 279) ...".

Den Schwerpunkt legte die Rspr unter diesen "Beweisanzzeichen" von Anfang an auf die "Selbstständigkeit, Bewegungsfreiheit und den Spielraum", der dem Verpflichteten eingeräumt war, bzw. negativ auf die "einfachen, untergeordneten" oder "mechanischen Tätigkeiten" 1). Die Bedeutung dieser Begriffe entspricht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch. Näheres Eingehen macht lediglich die Wendung "mechanische Tätigkeiten" erforderlich. Diesen Ausdruck hatte das RG zur Auslegung der Bevollmächtigtenuntreue in einem ganz bestimmten Sinn als Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Selbsttätigkeit, der Vornahme von Rechtsgeschäften durch eigene Willenserklärung, gebraucht. Wenn ihn RGSt 69, 58 zur Auslegung des § 266 n.F. übernahm, so kann es ihn wegen der Kontinuität der Rspr auch in anderen Punkten, wie Individualanspruch, wirtschaftliches Vermögen, ebenfalls nur in diesem Sinn verstanden haben, weil es eine gegenteilige Auffassung nicht hat erkennen lassen. Ob aber die seitherige Rspr an diesem Sinn festhielt, kann nicht sicher entschieden werden. Denn eine Interpretation hat sie nirgends gegeben. Fest steht aber jedenfalls, dass mit Ausnahme von OLG Kiel in NJW 1949, 792 keine Entscheidung dem Umstand, dass und ob der Verpflichtete fremde Vermögensinteressen rechtsgeschäftlich wahrzunehmen hatte, ausdrücklich Gewicht beimaß. Im Gegenteil nahmen sowohl RG als auch BGH in einigen Fällen § 266 an, ohne Bedenken zu äussern oder zu zerstreuen, weil der Verpflichtete nicht rechtsgeschäftlich tätig zu werden hatte. Ausserdem wird die Wendung "mechanische Tätigkeiten" in einigen Entscheidungen offenbar mit "einfachen, untergeordneten Tätigkeiten" gleichgesetzt und in anderen im Gegensatz zu Tätigkeiten mit "Bewegungsfreiheit, Spielraum etc." gebraucht. Diese letzteren Wendungen stehen aber nicht notwendig in Beziehung zu rechtsgeschäftlichem Handeln. Endlich sah die Rspr einen wesentlichen Unterschied zwischen Missbrauchs- und Treubruchstatbestand darin, dass einerseits das Aussenverhältnis, andererseits das Innenverhältnis massgebend war, so dass sie offenbar glaubte, im Bereich des Treubruchstatbestandes nicht auf das Aussenverhältnis und mithin die Vertretungsmacht abstellen zu dürfen. Aus allem ist anzunehmen, dass der Begriff "mechanische Tätigkeit" nicht mehr im Gegensatz zu rechtsgeschäftlichem Handeln, sondern gleichbedeutend mit "einfacher, untergeordneter Tätigkeit" und im Gegensatz zu Aufgaben mit "Bewegungsfreiheit, Spielraum etc." verstanden wurde.

1) Selbst die Entscheidung RGSt 69, 58, die diese Merkmale nur in einem Nebensatz erwähnt, scheint sie als eigentlich wichtige Merkmale aufgefasst zu haben. Denn sie hat "Dauer und Umfang" offensichtlich, wie sich aus dem So-Dass-Satz ergibt, nur angeführt, um diese Folge als gegeben annehmen zu können.

b) Fremde Vermögensinteressen

Mit der Formulierung "Vermögensinteressen" hat das Gesetz beim Treubruchstatbestand einen gegenüber dem "Vermögensstück" des § 266 a.F. Zi 2 und dem "Vermögen" im Missbrauchstatbestand weiteren und allgemeineren Ausdruck gewählt, der nicht auf die zivilrechtlichen Begriffe des "Gegenstands" oder des "Vermögens" abstellt, sondern nur die Richtung bezeichnet, in der der Treueverpflichtete tätig zu werden hat.

Grundsätze zur Auslegung dieses Begriffes hat die Rspr in zweierlei Hinsicht aufgestellt. Sie hat einmal erklärt, dass "Vermögensinteressen" i.S. § 266 auch solche öffentlichrechtlicher juristischer Personen auf hoheitlichem Gebiet sein können. Diese Auffassung, die unten 1) im Zusammenhang mit der Vermögenssorgepflicht kraft "behördlichen Auftrags" dargestellt wird, ergibt sich auch aus den Entscheidungen, in denen Notare und Fleischbeschauer wegen Verletzung der gesetzlichen Pflicht, Gebührenanteile und Steuern an den Staat abzuliefern, verurteilt wurden.

Zum anderen hat zuletzt der BGH in BGHSt 8, 254 ausgesprochen, dass auch die Betrauung mit solchen Vermögenswerten eine Treupflicht begründe, mithin den Treubruchstatbestand erfüllen kann, die wegen ihrer Herkunft oder Entstehung bemakelt oder zu strafrechtswidrigen Zwecken bestimmt 2) sind.

Mit dem Fremdsein der Vermögensinteressen hat sich die Rsp: kaum beschäftigt. Die unbestimmte Formulierung des Gesetzes schließt aus, die Zugehörigkeit der Vermögensinteressen ausschliesslich am Zivilrecht zu messen. Ausdrücklich hat das nur das OLG Kiel in NJW 49, 797 ausgesprochen: "Die im Sinne des § 266 zu betreuenden Vermögenswerte müssen ... nicht notwendig im zivilrechtlichen Eigentum des Treugebers stehen". Die Rspr ist dem aber auch sonst gefolgt, soweit sie überhaupt zu dieser Frage Stellung nehmen musste.

Soweit dem Treueverpflichteten Vermögenswerte anvertraut waren, die dem Treugeber gehörten, bedurfte es keiner Erörterung, dass "fremde Vermögensinteressen" zu betreuen waren. Diese Sachlage bestand aber beim Treubruchstatbestand in den meisten entschiedenen Fällen, weil die Rspr ihn nicht auf die rechtsgeschäftliche Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen beschränkte. Nur in den wenigen Fällen, in denen dem Verpflichteten Vermögenswerte vom Treugeber zu bestimmter Verwendung oder von einem Dritten zur Übertragung an den Treugeber übertragen waren, die zivilrechtlich dem Verpflichteten zustanden, musste die Rsp das Vorliegen fremder Vermögensinteressen begründen. Sie tat dies mit Hilfe des Individualanspruchs und des Gesichtspunkts der wirtschaftlichen bzw. Zugehörigkeit

1) vgl unten S. 67, 68; insbesondere RGSt 69, 333.

2) vgl unten S. 86, 87; dort wird diese Rspr im Zusammenhang mit der Frage der Untreue bei gesetz- und sittenwidrigen Rechtsgeschäften dargestellt.

zum Vermögen des Treugebers im Innenverhältnis 1).

c) Treupflicht kraft Rechtsgeschäfts

Im Rahmen der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen kraft Rechtsgeschäfts war die Rspr vor das Hauptproblem der Untreue gestellt, nämlich die Fälle strafwürdiger Pflichtverletzung von den nicht strafwürdigen Vertragsverletzungen abzugrenzen. Dass dies wegen der unbestimmten Fassung des § 266 2. Alt. notwendig war, sprach schon RGSt 69, 58 aus: "Die blosse Pflicht, irgendeine geschuldete Leistung zu erfüllen, reicht weniger weit (erg. als die Treuepflicht i. S. § 266); denn nicht jeder Leistungspflicht liegt ein Treueverhältnis zugrunde 2). Ob ein solches besteht, müssen die besonderen Umstände des Einzelfalles ergeben". Zur Abgrenzung diente in erster Linie die einschränkende Auslegung des Begriffes "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen". Dieser Gesichtspunkt versagte jedoch bei der Einordnung der auf Grund § 242 BGB jedem Vertrag innewohnenden allgemeinen Pflicht, auf die Belange des Partners Rücksicht zu nehmen, und in Fällen, in denen in Verträgen neben rein schuldrechtlichen Verpflichtungen auch Treuepflichten vereinbart waren. Zur Abgrenzung in derartigen Fällen erklärte RGSt 69, 58: "Einen Anhaltspunkt kann es auch geben, ob die das Vermögen des anderen berührende Obliegenheit des Täters den wesentlichen Inhalt oder nur eine Nebenpflicht des zwischen beiden bestehenden Innenverhältnisses bildet".

Während aber die übrigen Auslegungsmerkmale ihre Eigenschaft als Anhaltspunkte beibehielten, mass die Rspr dem Rang der Vermögensfürsorgepflicht innerhalb des Innenverhältnisses seit RGSt 71, 30 ähnlich dem Erfordernis einer Tätigkeit von einigem Gewicht die Eigenschaft eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals bei: "Zum Tatbestand der Untreue gehört, dass die Verpflichtung, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts bildet, durch das sie begründet wird". (RGSt 71, 90) Ähnlich erklärte der BGH in BGHSt 1, 186, die Rspr habe zur Abgrenzung des Anwendungsgebiets der Vorschrift den Grundsatz entwickelt, dass nur solche Rechtsbeziehungen den Schutz des § 266 genießen, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den "Hauptgegenstand" bilde oder, so formulierte BGH in JZ 54, 391, "typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses" sei. Diese Wendungen, die von der

1) Fremdgelder auf dem Konto eines Rechtsanwalts : RGSt 73, 157: "Die auf dem Konto ausgewiesenen Gelder waren aber nicht für ihn bestimmt; sie gehörten schuldrechtlich und insbesondere wirtschaftlich einem anderen ..." - Individualanspruch;

vgl auch HRR 1941, Nr 948; RGSt 77, 391 (Vorauszahlungen des Verkäufers an den Käufer); LM § 266 Nr 11 (Verkaufserlöse eines Verkaufskommissionärs).

2) vgl RGSt 69, 146; 71, 90; 74, 1; HRR 1939, Nr 594; BGHSt 1, 186.

Rspr nebeneinander gebraucht wurden, verlangten also, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen dem zwischen Treugeber und Verpflichtetem bestehenden Innenverhältnis das Gepräge gebe, weil nur dann das Innenverhältnis auf dem besonderen Vertrauen beruhe, das die in § 266 geschützte Treupflicht erzeuge. Ob die Vermögenssorgepflicht wesentlicher Inhalt einer Rechtsbeziehung war, beurteilte die Rspr ebenfalls konkret nach den gesamten Umständen des Einzelfalles, und zwar nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Die Darstellung der Rspr im einzelnen muss sich auf einige Fallgruppen beschränken, die die von der Rspr angewandten allgemeinen Grundsätze erkennen lassen. Die zahlreichen Einzelfälle, die die Rspr im übrigen zu entscheiden hatte, geben ausser einer weiteren Bestätigung dieser allgemeinen Grundsätze, die im Hinblick auf die bereits angeführten Belege überflüssig ist, nichts her.

Der BGH nannte in BGHSt 1, 186 als Rechtsgeschäfte, bei denen die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen in der Regel Hauptgegenstand ist, Auftrag, Spedition und Kommission. Daneben hat das RG in HRR 1939, Nr 670 und RGSt 73, 299 den geschäftsführenden Gesellschafter allgemein dem Treubruchstatbestand unterstellt: "Die Treueverpflichtung des Gesellschafters, der die Geschäfte der Gesellschaft zu führen hat, ist wie beim Auftrag (§ 713) eine dem Vertrag wesentliche und eigentümliche Verpflichtung" (RGSt 73, 300).

Demgegenüber erklärte die Rspr für den Kauf-, Miet-, Werkvertrag und das Darlehen, dass weder die blossе Pflicht, eine geschuldete Leistung zu erfüllen, noch die allgemeine Pflicht aus § 242 BGB und die daraus sich ergebenden Nebenpflichten eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen darstellten 1). Eine solche Treupflicht könne nur bei Hinzutreten besonderer Umstände entstehen. Auch wenn in solchen Vertragsverhältnissen ein Vertragspartner vorgeleistet habe, begründe dies für den anderen zwar eine "erhöhte sittliche Pflicht" (HRR 1939, Nr 1446), auch seinerseits zu erfüllen, aber in der Regel keine Treupflicht. Eine Ausnahme machte das RG hiervon in RGSt 77, 391, wo der Verkäufer mit den Vorauszahlungen der Käufer die Ware erst beschaffen sollte, und ihm die Auswahl und Preisgestaltung beim Einkauf überlassen war. Hier unterliege der Verkäufer einer Treupflicht i. S. des § 266, weil er bezüglich der überwiesenen Gelder eine einem Treuhänder oder Einkaufskommissionär ähnliche Stellung habe. Der Vertrag sei kein reiner Kaufvertrag, sondern ein Vertrag gemischter Art mit "auftragsähnlichen Bestandteilen". Ähnlich erklärte der BGH bezüglich Vorleistungen des Käufers oder Verkäufers bzw. Baukostenzuschüssen des Mieters: "Wer Vorauszahlungen annimmt, um erst mit ihrer Hilfe die Voraussetzungen für die Vertragserfüllung zu schaffen, hat weiterreichende Pflichten (erg. als der "gewöhnliche" Verkäufer)". Ein solcher Vertrag enthalte "auftrags-

1) RGSt 69, 146; 71, 90 (Kaufvertrag); HRR 1937, Nr 64; OLG Oldenburg NJW 1952, 1267 (Miete einer beweglichen Sache); RGSt 77, 150; OLG Kiel NJW 1949, 797 (Werkvertrag); HRR 1941, Nr 984 (Darlehensvertrag).

ähnliche" Bestandteile. Die Verpflichtung, die Vorauszahlungen zur Beschaffung der Gegenleistung zu verwenden, sei zwar nicht "alleinige Hauptpflicht" des Vertrages, aber ebenfalls eine "äusserst wichtige Verpflichtung".

Die Überlegungen, die die Rspr zum Bestehen einer durch § 266 geschützte Pflicht im Rahmen von Arbeitsverträgen anstellte, gibt im Anschluss an BGHSt 5, 187 BGHSt 6, 314 zusammengefasst wieder: "Der das Arbeitsrecht beherrschende Grundsatz gegenseitiger Treupflicht begründet für sich allein kein Treueverhältnis im Sinne des § 266 (BGHSt 5, 187). Vielmehr muss die Verpflichtung, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, gerade den wesentlichen Inhalt des Treueverhältnisses bilden. Es genügt insbesondere nicht, dass die Erfüllung anderer, aus dem Treueverhältnis entspringender Pflichten auf das Vermögen des Berechtigten irgendwie wirken kann. Der Gesichtspunkt einer allgemeinen Fürsorge reicht deshalb nicht aus". Diese Rspr zeigt deutlich, dass nur eine durch Übertragung der "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" begründete Treupflicht durch § 266 geschützt wird.

Zur Frage, ob eine Vermögensfürsorgepflicht durch einen Sicherungsübereignungsvertrag oder eine stille Zession zu Sicherungszwecken begründet werden kann, stellte die Rspr von Anfang an auf die "Ausgestaltung der rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer" (RGSt 74, 1) ab. Das RG erklärte dazu in HRR 41, 984 allgemein: "Fremde Sachen können auf Grund von mancherlei Verträgen in den Besitz eines anderen als des Eigentümers gelangen und es können sich daraus mancherlei Vertragsverpflichtungen des Besitzers ergeben. Ob über eine Vertragspflicht hinaus ein Treueverhältnis entstanden ist, das den Besitzer zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Eigentümers verpflichtet, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Eine Sicherungsübereignung kann nach der Rspr ein solches Treueverhältnis begründen. Dazu gehört aber, dass besondere Merkmale vorliegen, nicht nur solche, die sich aus der Natur der Sache im allgemeinen ergeben ...". Der BGH hat diese Rspr in BGHSt 5, 61 und LM § 266 Nr 20 bestätigt. Als solche Merkmale, die aber nicht verallgemeinert werden können, weil sie auf den Einzelfall abgestellt sind, hat die Rspr angeführt: Das dem Sicherungsgeber auferlegte Verfügungs- und Verleihverbot über übereignete Fahrzeuge, ständige vertragliche Beziehungen, die Tatsache, dass der Kreditgeber durch eigene Aufsichtsbeamte die Einhaltung der Verträge in den Geschäftsräumen des Sicherungsgebers nachprüfen liess, die Hingabe erheblicher Darlehen an den Sicherungsgeber und dessen gespannte Vermögenslage, ein Verwandtschaftsverhältnis und das Verhältnis RA - Mandant.

d) Treupflicht kraft behördlichen Auftrags

Das RG hatte entgegen der überwiegenden Auffassung des Schrifttums ein Vollmachtsverhältnis i. S. § 266 a. F. auch dann bejaht, wenn die Verfügungsgewalt im öffentlichen Recht beruhte, aber eine Befugnis zu rechtsgeschäftlicher Vertretung in sich schloss, und demgemäss Beamte als Bevollmächtigte angesehen. Die Auslegung des Begriffs "behördlicher Auftrag" stellte die Rspr daher vor die Frage, ob hierunter nur ein Sonderauftrag zu verstehen sei oder ob dieses Tatbestandsmerkmal entsprechend der Rspr zu § 266 a. F. auch Beamte ohne Sonderauftrag erfasse, sofern sie kraft ihres Amtes Vermögensinteressen wahrzunehmen hatten. Das RG erklärte dazu in der bis heute massgebenden Entscheidung RGSt 69, 333 (335): Da dem Gesetzgeber die Rspr des RG zum § 266 a. F. bekannt gewesen sei, könne es nicht zweifelhaft sein, dass eine Treupflicht i. S. § 266 2. Alt. kraft behördlichen Auftrags auch dann anzunehmen sei, wenn kein Sonderauftrag vorliege, sondern die Ausübung der fraglichen Geschäfte zu den Befugnissen und Pflichten eines übertragenen Amtes gehöre. Den Einwand, die §§ 331 ff StGB seien gegenüber § 266 Sonderstrafrecht, habe die Rspr des RG zu § 266 a. F. widerlegt. Insbesondere stünden die §§ 350, 351 nicht zu § 266 in Gesetzeseseinheit, weil sie einmal nur den Unterschlagungstatbestand, aber nicht den Untreue-tatbestand enthielten; und zum anderen "ist das allgemeine Treueverhältnis zwischen Staat und allen Beamten nach §§ 350, 351 ein anderes, als das nach § 266 zwischen Staat und nur den gewissen Beamten, die ... die Pflicht, seine Vermögensinteressen wahrzunehmen, haben". Endlich könne sich die gegen-teilige Ansicht auch nicht darauf stützen, dass sich bei der Anwendung des § 266 auf Beamte Unbilligkeiten aus der in den §§ 350, 351 gegenüber § 266 Abs 2 n. F. niedrigeren Strafdrohung ergäben: "Solche Widersprüche kommen im Gesetz manchmal vor; sie können aber dann nicht als notwendig zu tragende Lücke oder als Wille des Gesetzgebers angesehen werden, wenn dieser die Absicht zu erkennen gegeben hat, "Schiebertum" und "Korruption" mit allen Mitteln zu bekämpfen. Dieser Wille des Gesetzgebers würde durch die Annahme, dass § 350 als Sonderrecht den § 266 ausschliesse, vereitelt werden; "Schiebertum" und "Korruption" können auch bei Beamten vorkommen".

Diese Auslegung des Begriffs "behördlicher Auftrag" in Verbindung mit der allgemeinen Fassung "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" stellte die Rspr vor die zweite Frage, ob als Vermögensinteressen der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen, die ein Beamter wahrzunehmen hat, nur solche privatrechtlicher oder auch solche hoheitlicher Art in Betracht kommen. Die Entscheidung RGSt 69, 333 (339) beantwortete auch diese Frage, die zu § 266 a. F. wegen der dort stets für das Vollmachtsverhältnis geforderten Rechtsmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht aktuell wurde, im zweiten Sinn: "Der Auffassung, dass § 266 nur für den bürgerlichrechtlichen Verkehr des Staates gelte, kann nicht beigetreten werden. Das durch Ausübung der Hoheit erlangte und be-

schädigte Vermögen des Staates ist in strafrechtlicher Hinsicht kein anderes als das durch bürgerlichrechtliche Handlungen erlangte und beschädigte. Es ist nicht zu erkennen, warum es gegen den Zweck des absichtlich ganz allgemein gefassten und auf Beamte ausgedehnten § 266 verstossen soll, wenn sich der Staat durch ihn auch gegen Schädigung durch Ausübung hoheitlicher Befugnisse seiner Beamten schützen will".

Die Auffassung, dass auch Beamten ohne Sonderauftrag kraft "behördlichen Auftrags" die Pflicht obliegen könne, Vermögensinteressen auch hoheitlicher Natur des Staates wahrzunehmen, hat die Rspr bis heute beibehalten 1). Entscheidungen des BGH zu dieser Frage sind allerdings mit Ausnahme von LM § 266 Nr 22 und Nr 32 nicht ersichtlich. Aus diesen beiden Entscheidungen 2) geht jedoch hervor, dass der BGH die Auslegung des RG zum "behördlichen Auftrag" und die Auffassung übernommen hat, dass auch das hoheitliche Vermögen des Staates durch § 266 geschützt ist.

Entscheidungen, die sich mit der Abgrenzung der dem Beamten allgemein gegenüber dem Staat obliegenden Treupflicht und einer Treupflicht i. S. des § 266 befassen, sind nicht ersichtlich. Insoweit hat sich die Rspr jedoch wohl von denselben Überlegungen leiten lassen, die sie bei der Beurteilung von Arbeitsverträgen im Rahmen des § 266 2. Alt. angestellt hat 3).

-
- 1) "Behördlicher Auftrag" für Beamte ohne Sonderauftrag; RGSt 70, 321 (Notar); RGSt 72, 194 (Inhaber einer Poststelle); RGSt 73, 6 (Justizsekretär); RGSt 73, 235 (Postbeamter); LM § 266 Nr 32 (Verwalter eines Fahrkartenschalters der Bundesbahn).

Vermögenssorgepflicht bezüglich hoheitlicher Vermögensinteressen; RGSt 69, 220 (städt. Angestellter bei der Bearbeitung von Hauszinssteuerstundungsanträgen); ausserdem die gerade angeführten Entscheidungen RGSt 70, 321; 73, 6; 73, 235.

- 2) LM § 266 Nr 22 verurteilt allerdings wegen Verletzung der kraft tatsächlichen Treueverhältnisses obliegenden Vermögenssorgepflicht, weil der Beamte - in eigener Sache tätig - von der Amtstätigkeit ausgeschlossen war. Der BGH be ruft sich jedoch auf einen ähnlichen Fall in RGSt 72, 347; dort hat das RG ausdrücklich ausgesprochen, dass an sich eine Treupflicht kraft behördlichen Auftrags gegeben war. Die Pflicht bezog sich dort auf steuerliche Vermögensinteressen des Staates. LM § 266 Nr 32 betrifft den Verwalter eines Fahrkartenschalters der Bundesbahn, also privatrechtliche Vermögensinteressen.
- 3) vgl HRR 1939, Nr 355 als mittelbaren Beleg; Zur Frage, ob jemand als Angestellter einer Genossenschaft schlechthin deren Vermögensinteressen wahrzunehmen habe, erklärt das RG: Die Anstellung als solche begründe noch nicht diese Pflicht, "Es kommt vielmehr darauf an, welcher Aufgaben- und Pflichtenkreis ... durch die Anstellung übertragen war und ob sich daraus ... die Pflicht ... Vermögensinteressen wahrzunehmen ergebe". Ebensowenig, wie das allgemeine

e) Treupflicht kraft Gesetzes

Eine Vermögenssorgepflicht "kraft Gesetzes" behandelte die Rspr nur in wenigen auf den Einzelfall abgestellten und meist nur knapp veröffentlichten Entscheidungen. Besondere Auslegungsgrundsätze hat sie hierzu nicht aufgestellt. In HRR 42, Nr 458 erstreckte das RG mit Hilfe dieses Tatbestandsmerkmals die kraft Rechtsgeschäfts bestehende Treupflicht einer Genossenschaft gegenüber einem Dritten auch auf das geschäftsführende Vorstandsmitglied der Genossenschaft, weil dieses die handlungsfähige Genossenschaft zu vertreten und daher bei der Erfüllung des Vertrages mit dem Dritten kraft Gesetzes selbst die Stellung eines Treuhänders habe. Im übrigen bejahte das RG 1) eine solche Treupflicht kraft Gesetzes für den Notar und den Fleischbeschauer gegenüber dem Staat, soweit sie gesetzlich zur Ablieferung von Gebührenanteilen bzw. Anteilen an der Schlachtsteuer und Fleischbeschaugebühr verpflichtet waren. Der BGH prüfte in BGHSt 2, 339 in diesem Zusammenhang lediglich, ob dem Arbeitgeber durch die Einführung des Lohnsteuerabzugs kraft Gesetzes die Pflicht auferlegt worden sei, Vermögensinteressen des Staates wahrzunehmen, verneinte dies aber, weil der Gesetzgeber einen dahingehenden Willen im Gesetz zum Ausdruck gebracht hätte 2).

f) Tatsächliches Treueverhältnis

Das tatsächliche Treueverhältnis hat die Rspr ebenfalls nur selten beschäftigt. Besondere Auslegungsgrundsätze hat sie auch hier nicht entwickelt. Anhaltspunkte dafür, welche allgemeinen Überlegungen sie in diesem Zusammenhang anstellte, sind lediglich aus HRR 1939, Nr 1358 ersichtlich. Dort erklärte das RG zu der Frage, ob "alte Bekanntschaft" die Annahme eines Treueverhältnisses ausreichend rechtfertige: Aus solchen rein gesellschaftlichen Beziehungen könne kein Treueverhältnis i. S. § 266 abgeleitet werden. Beziehungen dieser Art seien gegebenenfalls die Ursache dafür, dass der eine dem anderen weitgehende und nicht im einzelnen bestimmt abgegrenzte Befugnisse einräume. "Solche Geschäftsüber-

Fortsetzung der Fussnote 3 von Seite 62:

Treueverhältnis, das den Staat mit seinen Beamten verbindet, schon für sich allein ... diese Pflicht begründet, schaffe ein Angestelltenverhältnis als solches die Pflicht.

- 1) Für den Notar : RGSt 71, 295 (kraft Gesetzes : VO zur Sicherung der Haushalte von Ländern und Gemeinden vom 24. 8. 31); RGSt 76, 25.
Für den Fleischbeschauer : HRR 1940, Nr 124; HRR 1941, Nr 462. Dass das RG die Vermögenssorgepflicht als kraft Gesetzes bestehend ansah, geht aus den knappen Veröffentlichungen nicht hervor, ist aber ähnlich wie für den Notar sicher bezüglich der Gebührenanteile anzunehmen.
- 2) OLG Hamburg NJW 1953, 478 hat diese Rspr wiederholt.

tragung und ihr zu ermittelnder Inhalt werden aber als die Grundlage des Treueverhältnisses dargetan werden müssen". Daraus geht hervor, dass die Rspr entsprechend ihrer oben dargelegten Auffassung zur allgemeinen Auslegung des § 266 auch hier in erster Linie die Übertragung solch gewichtiger Aufgaben verlangte, dass die Übertragung ein Vertrauensverhältnis und eine darin wurzelnde Treupflicht begründete, oder mit den Worten des RG, dass die Übertragung die Grundlage des Treueverhältnisses war.

Daneben erklärten RGSt 69, 15 und im Anschluss daran OLG Braunschweig in NJW 50, 656 zum Umfang einer auf einem tatsächlichen Treueverhältnis beruhenden Vermögenssorgepflicht, diese bestimme sich nach den rein tatsächlichen Umständen, wie sie gerade in dem massgebenden Fall vorlägen; "Es ist also nicht von allgemeinen, aus dem Begriff des Treueverhältnisses gezogenen Erwägungen allein auszugehen, sondern es sind auch die gerade vorliegenden besonderen Verhältnisse zu berücksichtigen; insbesondere sind auch die Übungen und Gebräuche zu beachten, wie sie sich für diese Verhältnisse im täglichen Leben, im Handel und Wandel herausgebildet haben".

Im einzelnen nahm das RG in HRR 1938, Nr 565 und Nr 921 eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auf Grund tatsächlichen Treueverhältnisses für den Innungsobermeister an, der nach Einführung der Absatzregelung an die Innungsmitglieder Fleisch zuzuteilen hatte. Während hier also ein tatsächliches Treueverhältnis in einem Fall angenommen wurde, in dem von vornherein keiner der übrigen in § 266 genannten Verpflichtungsgründe vorlag, verwandten RG und BGH den Begriff im übrigen nur, wenn einer der sonstigen Verpflichtungsgründe von den Parteien vorgesehen, aber im Einzelfall nichtig war. So bejahte das RG in RGSt 72, 347 und der BGH in LM § 266 Nr 22 eine Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Staates auf Grund tatsächlichen Treueverhältnisses statt "behördlichen Auftrags" für einen Beamten, der von der konkreten Amtstätigkeit kraft Gesetzes ausgeschlossen war. Darüberhinaus prüfte die Rspr das Vorliegen eines tatsächlichen Treueverhältnisses nur noch im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Rechtsgeschäfte. Diese Rspr wird jedoch an späterer Stelle gesondert dargestellt, weil die hier massgeblichen Überlegungen der Gerichte nur zum Teil das tatsächliche Treueverhältnis, daneben aber sonstige Tatbestandsmerkmale des § 266 2. Alt. betreffen.

g) Umfang der Treupflicht

Der Umfang der Treupflicht beschäftigte die Rspr zu § 266 n.F. kaum, weil die Treupflicht selbst hier im Gegensatz zum Vollmachtsverhältnis des § 266 a.F. an nur vage Voraussetzungen geknüpft war. Folgerichtig zu den allgemeinen Überlegungen zur Treupflicht erklärte BGHSt 8, 271, der Umfang der Treupflicht bestimme sich nach dem Umfang der anvertrauten Vermögensinteressen. Demgegenüber sprach BGHSt 8, 149 aus, ein Beauftragter könne auch durch Überschreiten

des Auftrags (nach Ausführung) die Vermögenssorgepflicht verletzen. Denn "wer einen eng begrenzten Auftrag annimmt, übernimmt damit zugleich die Pflicht, sich auf dessen Durchführung zu beschränken und sich weiterer, dem Vermögen des Auftraggebers nachteiliger Handlungen zu enthalten. Diese Pflicht ist solchen Rechtsverhältnissen durchaus wesentlich, und es bestehen daher keine Bedenken, ihre Verletzung als Treubruch nach § 266 anzusehen...".

Mit dieser Entscheidung setzt sich der BGH in Widerspruch zu seiner sonst überwiegend vertretenen Auffassung, die Treuepflicht des § 266 müsse in dem besonderen Vertrauensverhältnis wurzeln, das durch die Betrauung mit der Wahrnehmung von Vermögensinteressen geschaffen wird. Denn dem Angeklagten waren in dem konkreten Fall nach Erledigung des Auftrags weder rechtlich noch tatsächlich noch irgendwelche Vermögensinteressen des Auftraggebers anvertraut. Die Entscheidung bestätigt zugleich, dass es der Rspr so wenig gelungen ist, den Umfang der Treupflicht eindeutig zu umreißen, wie sie die Treupflicht nicht von anderen Pflichten abgrenzen konnte.

2) Die Untreuehandlung

Die Handlung des Treubruchstatbestandes besteht nach § 266 im Verletzen der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen. Das "Verletzen" enthält aber wie der Missbrauch in § 266 1. Alt. neben der Handlung als solcher auch das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit. Die Rspr zu diesem soll jedoch für § 266 a.F. und § 266 n.F. zusammen gesondert dargestellt werden. Ebenso der Erfolg der Handlung, den das Gesetz mit dem "Zufügen eines Nachteils" bezeichnet.

Die Handlung als solche hat das Gesetz nicht näher beschrieben. Nach dem Wortlaut des § 266 kann jedes Verhalten den Treubruchstatbestand erfüllen. Die Rspr ist dem gefolgt und hat rechtsgeschäftliche und tatsächliche Handlungen und Unterlassungen als tatbestandsmässig angesehen 1). Irgendwelche Schwierigkeiten hat sie in der Auslegung zur Untreuehandlung als solcher nicht gesehen.

Soweit sich überhaupt Entscheidungen mit konkreten Untreuehandlungen befassen, geschah dies nicht, um deren Tatbestandsmässigkeit als Untreuehandlung

1) BGH JZ 1954, 391 : "Nicht nur rechtsgeschäftliche Verfügungen ... sondern auch tatsächliche Einwirkungen erfüllen die Voraussetzungen des § 266" (Treubruchstatbestand);

vgl im übrigen :

RGSt 71, 333 (Abschluss von Rechtsgeschäften für eigene statt für fremde Rechnung);

RGSt 73, 6 (Beiseiteschaffen von Urkunden);

HRR 1937, Nr 1684; RGSt 73, 235 (Unterschlagung von Geld); HRR 1938, Nr 414 (Unterlassung eines Rechtsanwalts, auf sein Konto überwiesene Fremdgelder auf ein Sonderkonto zu überweisen).

zu prüfen, sondern weil aus der Eigenart gewisser Handlungen weitere Tatbestandsmerkmale des Treubruchstatbestandes fraglich sein konnten, insbesondere die Pflichtwidrigkeit, der Nachteil und der subjektive Tatbestand 1).

1) So überprüfte die Rspr z. B.

im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "Nachteil":

Unordentliche Buch-, Kassen- und Rechnungsführung in JW 1937, 2698; vgl auch HRR 1939, Nr 654;

im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand: Verletzung einer Überwachungs- pflicht durch einen Kassenaufsichtsbeamten in JW 1936, 2101; Vermischen von fremdem Geld mit eigenem durch einen Kommissionär in LM § 266 Nr 3;

im Hinblick auf "Nachteil" und subjektiven Tatbestand: Heimliche Rücklagen- bildung in HRR 1940, Nr 1215;

unordentliche Buchführung in RGSt 77, 228;

im Hinblick auf Pflichtwidrigkeit, Nachteil und subjektiven Tatbestand:

Verwendung von Verwahrungsgeldern durch einen Rechtsanwalt und Notar für eigene Zwecke in HRR 1938, Nr 1323.

C. RECHTSPRECHUNG ZU GEMEINSAMEN FRAGEN

I. GEMEINSAME TATBESTANDSMERKMALE DES § 266 a.F. u. n.F.

1) Die Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung

Im Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung war die Fragestellung für die Rspr zu § 266 a.F. und n.F. verschieden. Der Wortlaut des § 266 a.F. enthielt keinen Hinweis darauf, dass das schädigende Verhalten pflichtwidrig sein müsse, und demgemäss die Pflichtwidrigkeit ein Tatbestandsmerkmal der Untreuebestimmung bilde. Die Rspr hatte deshalb hier zu klären, ob die Pflichtwidrigkeit überhaupt als konstitutives Merkmal ungetreuen Verhaltens anzusehen sei. In § 266 n.F. dagegen war diese Frage bereits durch den Wortlaut gelöst, der mit der Beschreibung der Untreuehandlung als Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis und als Verletzung einer Treupflicht ausdrücklich das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit betonte. Die Rspr zu § 266 n.F. hatte sich daher nur mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit zu beschäftigen; für die Rspr zu § 266 a.F. war diese Aufgabe in zweiter Linie gestellt, nachdem sie die Pflichtwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal bejaht hatte.

Die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung als Tatbestandsmerkmal der Untreue zu fordern sei, wurde von der Rspr zu § 266 a.F. kaum angeschnitten, weil diese Frage kaum aktuell wurde. Das RG betrachtete zwar von Anfang an als gemeinsames Merkmal aller in § 266 a.F. als taugliche Täter genannten Personenkategorien den Umstand, dass diesen Personen eine besondere Treupflicht obliege. Und es vertrat auch mit immer grösseren Nachdruck seine Auffassung vom Wesen der Untreue als Verletzung dieser besonderen Treupflichten. Aber aus diesen Aussagen der Rspr lässt sich für die Lösung der hier anstehenden Frage zumindest nichts Entscheidendes entnehmen. Denn die Auffassung vom Wesen der Untreue betrifft in erster Linie den Sinn des Untreuetatbestandes, nicht dessen Gestaltung. Die Bezeichnung der Untreue als Treupflichtverletzung lässt daher die hier allein interessierende Entscheidung offen, ob das RG die Pflichtwidrigkeit als notwendiges und zusätzliches Merkmal ungetreuen Handelns verlangte oder ob es davon ausging, dass jede nachteilige Handlung des Treueverpflichteten als solche eine Treupflichtverletzung darstelle, und darum die Feststellung ihrer Pflichtwidrigkeit überflüssig und somit nicht geboten sei.

In der Tat boten die Fälle, in denen das RG über das Vorliegen einer Untreue gem. § 266 a.F. zu befinden hatte, überwiegend keinen Anlass, zu einer klaren Entscheidung. In den meisten Fällen war die den Treugeber benachteiligende Handlung ersichtlich auch pflichtwidrig. Wo das RG etwa den Umfang der "Vollmacht" 1) oder in einigen Fällen unter dem Gesichtspunkt der "Interessenkollision"

1) vgl oben S. 26 ff

prüfte, ob der Täter als Treueverpflichteter oder als Schuldner gehandelt habe 1), betraf das die Feststellung, ob der Täter unter der Bindung der Treupflicht gehandelt habe. Dass er, wenn er wegen Bestehens einer Treupflicht für die konkrete Handlung als tauglicher Täter angesehen werden konnte, auch gegen diese Treupflicht verstossen hatte, war auch hier nicht zweifelhaft.

Zu einer Entscheidung wurde das RG erst veranlasst, als in einigen Fällen der Täter zwar offenbar unter Bindung durch die Treupflicht gehandelt und dem Treugeber einen Nachteil zugefügt hatte, aber bezüglich der Strafwürdigkeit trotzdem eine Differenzierung geboten schien. Es waren dies die Entscheidungen, in denen das RG die Vornahme fehlgeschlagener Risikogeschäfte zu beurteilen hatte. In den ersten Urteilen dieser Art in RGSt 41, 211 und RGSt 62, 255 suchte das RG die Grenze zwischen strafwürdigem und nicht strafwürdigem Verhalten des Täters durch besonders strenge Prüfung des Vorsatzes zu ziehen 2). Dabei klang in RGSt 66, 255 (262) auch schon der Gedanke der Pflichtwidrigkeit an. Dort erklärte das RG, die Erfordernisse des inneren Tatbestandes durften nicht so eng aufgefasst werden, dass der Täter Geschäfte, die - ihm bewusst - "von dem Gebot kaufmännischer Sorgfalt weit abweichen", straflos vornehmen konnte. Als das RG dann in RGSt 69, 203 über das Verhalten eines Genossenschaftsvorstandes zu urteilen hatte, der unentgeltliche Zuwendungen aus dem Genossenschaftsvermögen gemacht hatte, sah es sich ausserstande, allein durch scharfe Anforderungen an den inneren Tatbestand "mit ausreichender Sicherheit zu einer angemessenen Begrenzung des Untreuetatbestandes" zu gelangen. Es hielt daher für notwendig, auch den äusseren Tatbestand der genossenschaftlichen (und aktienrechtlichen) Untreue einschränkend abzugrenzen, indem es im Anschluss an das damalige, neuere rechtswissenschaftliche Schrifttum die Pflichtwidrigkeit der Handlung als ein unentbehrliches Merkmal des äusseren Tatbestands der Untreue nach § 146 GenG (und § 312 HGB = § 294 Abs 1 AktG) ansah. Damit war für die in Sondergesetzen geregelten Untreuefälle die Pflichtwidrigkeit der Handlung als Tatbestandsmerkmal anerkannt.

Aus dieser Rechtsprechung kann aber auch gefolgert werden, dass das RG auch für § 266 a. F. die Pflichtwidrigkeit der nachteiligen Handlung als Tatbestandsmerkmal betrachtete. Seine Darlegung zum Wesen der Untreue als Pflichtverletzung können auf Grund dieser zuletzt besprochenen Entscheidung eindeutig dahin verstanden werden, dass es damit nicht nur den Sinn des Untreuetatbestandes bezeichnen wollte, sondern die Pflichtwidrigkeit als zusätzlich notwendige, also nicht selbstverständlich in der Benachteiligung enthaltene Eigenschaft schädigenden Verhaltens ansah. Diese Folgerung wird einmal durch das RG in JW 1936, 21 01 (Nr 37) bestätigt. Dort erklärte das RG ausdrücklich: "Zum Straftatbestand der Untreue gehört sowohl nach § 266 Abs 1 Zi 2 a. F. wie nach § 266 n. F. die

1) vgl RGSt 36, 69; 69, 380; 65, 333.

2) vgl unten S. 79

Pflichtwidrigkeit der Handlung, durch die die Untreue im einzelnen Falle begangen worden sein soll ...". Als Beleg für seine Auffassung zitierte der erste Senat hier seine frühere Entscheidung RGSt 69, 203 (207). Auch daraus geht hervor, dass das RG in der früheren Entscheidung das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal nicht auf die sondergesetzlich geregelten Untreuefälle beschränken wollte. Endlich hat das RG in einigen Entscheidungen Wendungen gebraucht, die auf die Annahme der Pflichtwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal zumindest hindeuten. So erklärte das RG in RGSt 39, 335 die Handlungsweise eines Reisenden, der Kundengelder unter Angabe anderer als der tatsächlichen Zahler an seine Firma abführte, als pflichtwidrig, weil der Reisende hätte mitteilen müssen, von wem die Zahlungen stammten. In RGSt 63, 251 führte das RG bezüglich eines Verkaufskommissionärs, der den Verkauf im eigenen Interesse tätigte, aus, er handle der übernommenen Verpflichtung zuwider, wenn er in der Absicht verkaufe, den Erlös für sich zu behalten 1).

Der Begriff der Pflichtwidrigkeit als solcher bedurfte keiner Auslegung. Pflichtwidrig ist, was den konkreten Pflichten zuwiderläuft. Die Rspr hat sich deshalb mit dem Tatbestandsmerkmal als solchem nirgends beschäftigt. Sie hat nur, soweit dazu Anlass bestand, den Inhalt der konkreten Pflichten geprüft 2), um beurteilen zu können, ob der Täter ihnen zuwidergehandelt habe.

1) vgl auch RGSt 61, 228, 231: "Pflichtwidrige Eigenmächtigkeit" eines Gerichtsvollziehers, eingegangene Gelder an den falschen Gläubiger abzuführen, kann Untreue sein; HRR 1933, Nr 1383; § 266 Abs 1 Zi 2 treffe das "absichtliche Zuwiderhandeln gegen die bürgerlichrechtliche Verbindlichkeit des Bevollmächtigten ...";

RGSt 71, 31: Dort untersucht das RG verschiedene Handlungen eines Gerichtsvollziehers darauf hin, ob er dadurch eine Pflicht verletzt habe;

RGSt 66, 206, 207: Ein Geschäftsführer einer GmbH, der ohne Beschluss der GmbH handelt, habe die Verpflichtung verletzt, einen Beschluss herbeizuführen.

2) vgl RGSt 66, 255, 262; 69, 203; 71, 344; BGHSt 3, 7: Zur Untreue im kaufmännischen Bereich: "Was die Pflicht verbietet und gebietet, richtet sich, wenn besondere Verpflichtungsgründe fehlen, nach der Sorgfalt eines gewissenhaften und ehrbaren Geschäftsmanns";

RGSt 67, 273 (Pflichten eines Gläubigers, dem eine Forderung zur Sicherung abgetreten war);

ferner RGSt 73, 283, 286; DR 1939, 994; BGHSt 8, 254, 257, 258 (Pflichten bezüglich zu illegalen Zwecken bestimmten Geldes).

2) Nachteil

Sowohl § 266 a.F. wie n.F. verlangen als Erfolg des ungetreuen Handelns den Eintritt eines Nachteils. Aber auch der E 1960 bringt hier nur insoweit eine Neuerung, als er die Zufügung eines "Vermögensschadens" verlangt. Damit zeigt schon die Wortfassung des E, dass ein verändernder Einfluss der Rspr hier nicht in Betracht kommt. Der Zweck der bisherigen Untersuchung, die Ergebnisse der Rspr zur Gegenüberstellung mit der Fassung des E für die Beantwortung der Frage herauszuarbeiten, ob ein Einfluss besteht, erfordert daher eine Untersuchung der Rspr zum "Nachteil" nicht, weil feststeht, dass die bisherige Rspr unverändert übernommen wurde. Andererseits ist aber der Vollständigkeit halber angebracht, wenigstens die Grundzüge dieser Rspr darzulegen, damit nicht nur formal ein Einfluss festgestellt werden, sondern auch dessen Gehalt mitgeteilt werden kann. Ausserdem dient die Darstellung insoweit auch dem Verständnis der Rspr zu anderen Tatbestandsmerkmalen, weil gerade der Begriff des Nachteils in einigen Fällen als Regulativ benutzt wurde, um strafwürdige Fälle zu erfassen.

Der Begriff des Nachteils wurde von der Rspr zunächst in zweierlei Hinsicht gegenüber möglichen Irrtümern abgegrenzt.

Einmal liess der Wortlaut des § 266 Abs 1 Zi 1 a.F. daran denken, unter den "Nachteil" hier auch Personenschaden einzubeziehen. Denn nach dem Wortlaut dieser Bestimmung war ein Handeln zum Nachteil der "anvertrauten Personen oder Sachen" tatbestandsmässig. Das RG stellte hierzu in RGSt 16, 77 klar, dass auch hier nur an einen Vermögensnachteil, nicht etwa an die Verletzung persönlicher Rechte und Interessen gedacht sei. Zur Begründung verwies es auf die Stellung des § 266 in einem Abschnitt neben § 263.

Zum anderen warf die Bevollmächtigte Untreue mit ihrer Beschreibung der Untreuehandlung als "Verfügen über Vermögensstücke" die Frage auf, ob bezüglich des Vorliegens eines Nachteils nur auf das von der Verfügung betroffene Vermögensstück abgestellt werden durfte, oder ob auch die Beeinträchtigung des Gesamtvermögens einen Nachteil darstellte. Diese Frage wurde freilich zunächst kaum praktisch bedeutsam, da die ungetreue Verfügung sich in aller Regel auf das von ihr betroffene Vermögensstück nachteilig auswirkte. Das RG vertrat wahr-scheinlich deshalb zunächst in RGSt 11, 412 und Recht 1911, Nr 1453 die erstere Auffassung. Als dann jedoch der Begriff der Verfügung auch bei nicht mit Besitz verbundenen Vermögensstücken auf das tatsächliche Einwirken ausgedehnt wurde, kam häufiger nur eine Benachteiligung des Gesamtvermögens in Betracht. Das RG überprüfte daher in JW 1929, S. 2731 seinen früheren Standpunkt und kam zu dem Ergebnis, dass zwar die frühere Auffassung die tatsächliche Sachlage in der Mehrzahl aller Verfügungen beschreibe, dass aber das Gesetz keinen Anhalt dafür gebe, dass dies rechtlich notwendig sei. Es gab daher in dieser Entscheidung die frühere enge Auffassung auf.

Nach diesen Klarstellungen durch die Rspr ist positiv gesprochen unter "Nach-

teil" sowohl in § 266 a.F. wie n.F. eine Beeinträchtigung nur des Vermögens zu verstehen, die sich auch bei der Bevollmächtigtenuntreue lediglich auf das Gesamtvermögen des Auftraggebers auszuwirken brauchte.

Zum Begriff des "Nachteils" im einzelnen verwies 1) das RG zu Beginn seiner Rspr zur Untreue wiederholt auf die Auslegung des "Vermögensschadens" in § 263, da beide Tatbestandsmerkmale ihrem Inhalt nach identisch seien. Auch für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Nachteil" ist daher die grundlegende Entscheidung RGSt 16, 1 zu § 263 massgebend, in der das RG die beiden Komponenten des "Vermögensschadens", nämlich den Begriff des Vermögens und die Frage, wann das Vermögen beeinträchtigt sei, erläuterte.

Als Vermögen verstand das RG dort "die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person, sowohl der aktiven, als auch der passiven, als ein Ganzes gedacht". Der Gebrauch der Wendung "vermögensrechtliche Beziehungen" statt etwa "Rechte und Verbindlichkeiten" und insbesondere der Umstand, dass das RG in dieser Entscheidung dem Geldwert des Vermögens ausschlaggebende Bedeutung beimass, lassen erkennen, dass es nicht von einem juristischen, sondern von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff ausging. Eine Schädigung des so verstandenen Vermögens lag nach Auffassung des RG vor, wenn sein "Gesamtwert in Geld vermindert ... wird". Bei der Prüfung, ob ungetreues Handeln einen Nachteil bewirkt hat, verglich daher das RG jeweils den Gesamtwert des Vermögens in Geld nach der Untreuehandlung mit demjenigen, der ohne das ungetreue Verhalten bestanden hätte. Ergab sich danach infolge der Untreue eine Minderung des Gesamtwertes, so war auch das Tatbestandsmerkmal "Nachteil" erfüllt 2).

Die gesamte Rspr zum "Nachteil" in § 266 im einzelnen stellt eine konsequente Anwendung dieser in RGSt 16, 1 erstmals ausdrücklich niedergelegten, aber auch schon vorher beachteten Grundsätze dar.

So erklärte das RG in einigen Entscheidungen 3), dass der Nachteil kein dauernder sein müsse, und insbesondere die Wiedergutmachung eines eingetretenen Nachteils durch den Täter für dessen Strafbarkeit belanglos sei. Diese Auffassung war die notwendige Folge aus der Art der Feststellung des Nachteils bezogen auf den Zeitpunkt der ungetreuen Verfügung. Denn ergab sich zu diesem Zeitpunkt ein Nachteil, so war der Tatbestand der Untreue erfüllt. Infolgedessen hätte die Wiedergutmachung des Schadens nur berücksichtigt werden können, wenn das StGB für die Untreue einen Strafaufhebungsgrund dieser Art vorsähe.

Aus der Art der Feststellung eines Nachteils durch Vergleich des infolge des ungetreuen Handelns bestehenden mit dem ohne dieses Verhalten gedachten Gesamtvermögen folgte der in einigen Entscheidungen ausgesprochene Grund-

1) RGSt 23, 430; 27, 39; 38, 266; 71, 333; 73, 283.

2) vgl zur Feststellung des Nachteils bei § 266: RGSt 27, 39; 73, 283, 285.

3) RGSt 38, 266; 39, 335; 63, 251, 253.

satz, dass bei der Ermittlung des Nachteils etwaige Vorteile der Untreuehandlung auszugleichen seien 1). Danach sind bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals "Nachteil" alle unmittelbaren, sowohl die positiven wie die negativen Auswirkungen ungetreuen Verhaltens zu berücksichtigen. Ausnahmsweise bezog das RG auch zeitlich den nachteiligen Wirkungen nachfolgende vorteilhafte dann in den Vermögensvergleich ein, wenn sich Vor- und Nachteile zwar nicht aus einer Handlung, aber doch aus einem - wirtschaftlich betrachtet - einheitlichen Verhalten ergaben 2).

Bedeutsamer als diese Folgerungen aus dem formalen Begriff des Nachteils als Differenz von zwei Vermögensständen sind die Auswirkungen, die sich aus dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff ergaben. Denn der Vermögensbegriff bestimmt, in welchem Umfang Auswirkungen ungetreuen Verhaltens bei der Feststellung des "Nachteils" zu berücksichtigen waren.

Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise setzt sich das Vermögen nicht nur aus Rechten und Verbindlichkeiten zusammen, sondern umfasst auch tatsächliche Verhältnisse, die zwar den rechtlichen Bestand des Vermögens unverändert lassen, aber eine in Geld messbare Wertsteigerung oder Wertminderung bedeuten.

Als derartige werterhöhende Umstände sah das RG in RGSt 71, 333 den Kundstamm eines Kaufmanns und in einigen anderen Entscheidungen die Aussicht auf Gewinn mit der Folge an, dass eine Beeinträchtigung dieser Umstände einen Nachteil darstellte.

Vor allem aber berücksichtigte das RG in einer von Anfang an feststehenden und umfangreichen Rspr die Vermögensgefährdung dann als Nachteil 3), "wenn nach der konkreten Sachlage die eingetretene Gefahr eines Verlustes, also die Ungewissheit darüber, ob nicht ein Verlust eintreten werde, den Wert des Vermögens vermindert" (RGSt 38, 266). Eine derartige den Wert des Vermögens schon gegenwärtig mindernde Vermögensgefährdung nahm das RG einmal in den Fällen an, in denen der Bevollmächtigte über das ihm übergebene Vermögensstück statt für fremde Rechnung in der Absicht verfügte, den Erlös für sich zu behalten, weil sich damit der Gegenwert in den Händen eines zahlungsunwilligen Schuldners befand 4). Zum anderen stellte nach Auffassung des RG eine Verdunkelung der Rechtslage 5), wie sie durch unordentliche oder verschleierte Buchführung oder Bericht-

1) HRR 1929, Nr 59; RGSt 75, 227, 230.

2) RGSt 65, 430; JW 1936, 882 (Nr 27).

3) RGSt 16, 77; 19, 80; 39, 184; 39, 335; 41, 265; 58, 391; 71, 31; 73, 6; HRR 1938, Nr 494; HRR 1939, Nr 1489; OLG Braunschweig NJW 47/48, 71.

4) RGSt 38, 266; 63, 251, 253; JW 1914, 375 (Nr 27); HRR 1928, Nr 1176.

5) Buchführung; RGSt 66, 289; HRR 1934, Nr 1571; RGSt 61, 78; HRR 1932, Nr 1897; JW 1936, 2319 (Nr 15); JW 1937, 2698 (Nr 10); RGSt 77, 228; HRR 1938, Nr 1376;

Berichterstattung; JW 1937, 264 (Nr 6); RGSt 73, 283, 286;

erstattung und durch Bildung "schwarzer Kassen" bewirkt werden konnte, eine als Nachteil zu wertende Vermögensgefährdung dar, weil der Auftraggeber keine Übersicht über seinen Vermögensstand gewinnen und folglich an der Geltendmachung ihm zustehender Ansprüche gehindert werden konnte. Endlich beurteilte das RG auch Kreditgeschäfte als nachteilig 1), bei denen Kredit an zahlungsunfähige Schuldner gegeben wurde, oder in Zeiten der Geldentwertung die Gefahr bestand, dass Warenkredite in "schlechtem" Geld zurückbezahlt würden.

In letzter Konsequenz zur wirtschaftlichen Vermögenstheorie rechnete die Rspr auch solche geldwerten Güter zum Vermögen, die rechtlich nicht geschützt sind. Demzufolge stellte sich auch die Beeinträchtigung des Vermögens an solchen rechtlich nicht geschützten Gütern als "Nachteil" dar.

3) Innerer Tatbestand der Untreue

Die Rspr zum "inneren Tatbestand" der Untreue befasste sich nur mit der Frage der zur Untreue erforderlichen Schuldform. Zu sonstigen Untersuchungen oder Erfordernissen sah sie sich weder durch § 266 a.F. noch n.F. veranlasst, da dort keine subjektiven Tatbestandsmerkmale enthalten waren.

a) § 266 a.F. "Absichtlich"

§ 266 a.F. verlangte in seinen drei Spielarten ein "absichtliches" Benachteiligen bzw. Zufügen eines Nachteils. Das RG stellte bereits in RGSt 1, 172 klar, dass der vom StGB mehrdeutig verwendete Ausdruck "Absicht" in § 266 nicht "gleichbedeutend mit Zweck oder Motiv des Handelns ... als der auf einen gewissen Erfolg der Handlung gerichtete Wille ..." aufzufassen sei, sondern lediglich vorsätzliches Handeln erfordere. Es genüge, "dass der Geschäftsführer, wenn er um des eigenen Vorteils willen, aus Leichtsinne, um einem Dritten etwas zuzuwenden, oder aus anderen Gründen gehandelt hat, das Bewusstsein hatte, dass dasjenige, was er tat, zum Nachteil des Mündels, Vollmachtgebers, Geschäftsherrn gereiche ..." (RGSt 1, 172 (174)). Zur Begründung verwies das RG auf den Charakter der Untreue als einer durch die Verletzung der den Tätern als solchen obliegen-

Fortsetzung der Fussnote 5 von Seite 72:

Mangelnde Beaufsichtigung: RGSt 76, 115;

Bildung einer "schwarzen" Kasse: RGSt 71, 155; 75, 227; insbesondere LM § 266 Nr 16; Dort stellt der BGH den massgebenden Gesichtspunkt bei der Bildung "schwarzer" Kassen - die Vermögensgefährdung durch das Verborgenhalten der Mittel - heraus. Die Möglichkeit einer Vermögensschädigung aus dem Gesichtspunkt der Zweckentfremdung der Mittel, wie dies in RGSt 70. 205; JW 1938, 793; HRR 1938, Nr 921; HEST 2, 161; LM § 266 Nr 1 bejaht wurde, verneint der BGH generell; lediglich für den Bereich der öffentlichen Verwaltung lässt er eine Entscheidung dahingestellt.

1) RGSt 61, 211; 62, 130; RGSt 58, 391 (zu § 146 GenG); JW 1925, 992 (Nr 46).

den Pflichten begangenen Benachteiligung des Geschäftsherrn, auf § 266 Abs 2, der ein Motiv des Handelnden als Strafschärfungsgrund berücksichtigte und auf § 246 PStGB, dessen "vorsätzliches" Handeln durch die Wendung "absichtlich" ohne Sinnänderung ersetzt worden sei. An dieser Auslegung des "absichtlichen" Handelns hielt das RG in der Folgezeit in st Rspr fest 1).

Darüberhinaus sprach das RG sehr bald auch ausdrücklich aus, dass zum vorsätzlichen Handeln auch für § 266 bedingter Vorsatz genüge. In RGSt 7, 276 (283) erklärte es zu der Frage, ob zum "absichtlichen" Benachteiligen das Bewusstsein erforderlich sei, dass ein Nachteil entstehen müsse: "Hat sich der Täter den eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg seines Handelns als möglich vorgestellt, so kann ihm das letztere unbedenklich zum Vorsatz zugerechnet werden, falls sein Wille auf diesen Erfolg wenigstens eventuell gerichtet war; . . .". Auch diese Auffassung behielt das RG, wenngleich es sie nur noch gelegentlich ausdrücklich aussprach 2), in st Rspr bei.

Besondere Aufmerksamkeit widmete es dem bedingten Vorsatz im Zusammenhang mit Risikogeschäften, also Geschäften, bei deren Abschluss noch ungewiss war, ob sie dem Geschäftsherrn zum Vorteil oder Nachteil gereichen würden. Hier bestand in zweierlei Hinsicht die Gefahr unbilliger Ergebnisse.

So lange das RG noch nicht mit dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit arbeitete, konnte es auch beim Fehlschlagen eines erlaubten Risikogeschäfts ausschliesslich darauf abstellen, ob der Täter bezüglich des eingetretenen Nachteils vorsätzlich gehandelt hatte oder nicht. Wenn nun bei der Prüfung des zur Bestrafung ausreichenden bedingten Vorsatzes allzusehr das intellektuelle Moment betont wurde, bestand die Gefahr, dass gerade der unsichtig und überlegt handelnde Treueverpflichtete, der auch ein mögliches Fehlschlagen des Geschäfts in Betracht gezogen hatte, wegen Untreue bestraft würde. Deshalb wies das RG in einigen Entscheidungen 3) nachdrücklich darauf hin, dass zur Voraussicht eines möglicherweise eintretenden Nachteils auch seine Billigung hinzukommen müsse, damit bedingter Vorsatz bejaht werden könne.

Während es sich aber bei dieser Rspr vom Standpunkt des RG nicht um neue Erkenntnisse handelte, sondern lediglich um die Betonung einer schon immer verlangten Voraussetzung des bedingten Vorsatzes, hat das RG bezüglich nicht erlaubter Risikogeschäfte die Erfordernisse des bedingten Vorsatzes modifiziert. Hier musste das RG die unbillige Möglichkeit ausräumen, dass sich der strafwürdige Täter erfolgreich damit verteidigte, er habe den naheliegenden Eintritt eines Nach-

1) RGSt 1, 329, 330; 14, 401, 406; 15, 211; 16, 77; 66, 255; 71, 155, 159.

2) RGSt 53, 194 (zu § 146 GenG unter Hinweis auf seine Rspr zu § 266 StGB); RGSt 66, 255 (zu dem früheren § 312 HGB unter Hinweis auf seine Rspr zu § 266 StGB).

3) RGSt 66, 255; 69, 203.

teils gerade vermeiden wollen. Auch die Verwendung des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit entthob das RG in diesen Fällen nicht der Notwendigkeit, dem Täter bedingten Vorsatz hinsichtlich der Benachteiligung des Geschäftsherrn nachzuweisen. Das RG behalt sich damit, auf den Grad der Wahrscheinlichkeit abzustellen 1), der für den günstigen Ausgang solcher Geschäfte im Einzelfall sprach. So erklärte das RG in RGSt 61, 211 zum Vorsatz eines Sparkassendirektors, der einem bei der Kasse bereits verschuldeten Unternehmen zur Rettung des gefährdeten Erstkredits einen weiteren "Sanierungskredit" gegeben hatte: "Auszugehen ist allerdings davon, dass nicht bei jedem "Sanierungsversuch", der mit fremdem Geld unternommen wird, ohne weiteres auch der innere Tatbestand einer Untreue i. S. des § 266 StGB vorliegen wird. Er wird ausgeschlossen sein, wenn der Unternehmer nach den Umständen des Einzelfalles mit der naheliegenden Wahrscheinlichkeit rechnen darf und auch rechnet, dass der Versuch Erfolg hat ...". Dagegen handelte der Angeklagte nach Ansicht des RG vorsätzlich, der "wie beim Glücksspiel alles auf eine Karte setzt" (RGSt 61, 211, 213) oder auf die unsichere Hoffnung baue, "eine jeder Erfahrung widersprechende Fügung" werde alles wenden (RGSt 66, 255, 262). Denn, so führte RGSt 66, 255, 262 aus, "der Schutz, den die Strafvorschriften gegen Untreue dem Vermögen der Auftraggeber gewähren, würde in unerträglichem Mass beeinträchtigt werden, wenn die inneren Erfordernisse zu eng, insbesondere so aufgefasst würden, dass der Bevollmächtigte Geschäfte, die - ihm bewusst - von dem Gebot kaufmännischer Sorgfalt weit abweichen, bei denen einer aufs äusserste gesteigerten Verlustgefahr nur eine höchst zweifelhafte Aussicht auf einen günstigen Verlauf gegenübersteht, ... straflos vornehmen könnte". Das RG mass also bei Risikogeschäften der Vorstellung des Täters, der nachteilige Erfolg werde nicht eintreten, dann keine vorsatzausschliessende Bedeutung bei, wenn ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit für den Nachteilseintritt sprach, dass der Täter notwendig auch auf die Gefahr hin gehandelt hatte, das Risikogeschäft werde fehlschlagen.

Keine Besonderheiten ergaben sich für die Rspr zum Vorsatz bei solchen Handlungen, bei deren Vornahme der teils nachteilige, überwiegend aber vorteilhafte Erfolg feststand. Nachdem die Rspr anerkannt hatte, dass bei der Feststellung des Nachteils auch etwaige Vorteile zu berücksichtigen seien, fehlte in solchen Fällen bereits das objektive Tatbestandsmerkmal "Nachteil", so dass der Vorsatz des Täters gar nicht mehr zu prüfen war 1), weil versuchte Untreue nicht strafbar ist.

b) § 266 n.F. - Innerer Tatbestand

§ 266 n.F. verlangt zur Untreue "vorsätzliches" Handeln des Täters. Die von der Rspr zu § 266 a.F. entwickelten Grundsätze waren also nunmehr in den

1) Zoller S. 63

2) vgl HRR 1929, Nr 59; RGSt 65, 430.

Wortlaut der Gesetzesbestimmung aufgenommen. Daher bot die Untreuebestimmung hinsichtlich der erforderlichen Schuldform keine Zweifelsfragen.

Die Rspr zu § 266 n.F. beschränkte sich infolgedessen darauf, über die Einhaltung der für das Vorliegen des Vorsatzes erforderlichen Voraussetzungen zu wachen. In dem Bestreben, den bei der Neufassung zu weit geratenen Untreuetatbestand bei der Anwendung im Einzelfall auf ein erträgliches Ausmass einzuschränken, hielt das RG die Untergerichte seit RGSt 38, 371 (374) ständig 1) dazu an, wegen des "ausserordentlich weit gesteckten Rahmen(s) des äusseren Tatbestands des § 266 StGB ... an den Nachweis des inneren Tatbestands strenge Anforderungen zu stellen". Insbesondere bestand diese Notwendigkeit nach Ansicht des RG in Untreuefällen, die nicht in Eigennutz des Täters ihren Grund haben 2).

Im einzelnen hob die Rspr in einigen Entscheidungen hervor, dass sich der Vorsatz auch auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit der Handlung beziehen müsse 3). Daneben betonte sie bezüglich des bedingten Vorsatzes in Fällen, in denen die Untreue durch Verletzung einer dem Täter obliegenden Aufsichtspflicht über Untergebene 4) oder durch mangelhafte Buchführung 5) begangen sein sollte: "Weiter genügt es aber zur Erfüllung des Tatbestands des § 266 n.F. überhaupt nicht, dass der Täter allgemein und unbestimmt mit irgendeinem Schaden oder Nachteil des Treugebers rechnet und ihn billigt. Er muss ... mit einem bestimmten, unmittelbaren Schaden wirtschaftlicher, das Vermögen betreffender Art ... rechnen und ihn in Kauf nehmen" (JW 1936, 2101 Nr 36).

4) Strafantrag

Nach dem Wortlaut des § 266 a.F. wie n.F. war die Untreue bis 1953 uneingeschränkt Officialdelikt. Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl I 735) wurde § 266 Abs 3 eingefügt, wonach die Untreue gegen Angehörige, Vormünder und Erzieher nur auf Antrag verfolgt wird. Ein Einfluss der Rspr zu dieser Frage auf die Untreuebestimmungen des E kann daher nur als mittelbarer in Betracht kommen. Gleichwohl wird die Rspr zum Strafantrag dargestellt, weil die 1953 erfolgte Neuerung als vorweggenommene Teilreform der Untreue anzusehen ist.

Während der Geltung des § 266 a.F. hat sich das RG nur einmal in RGSt 16, 343 damit befasst, ob sich der Vater als gesetzlicher Vormund seiner Kinder auf Straflosigkeit aus § 247 StGB berufen könne. Das RG verneinte dies, da Wortlaut und Stellung des § 247 seine Anwendung auf andere als die in ihm genannten Straf-

1) vgl RGSt 69, 15, 17; 71, 90, 91; HRR 1940, Nr 711.

2) vgl JW 1936, 882 (Nr 27); HRR 1939, Nr 1071.

3) vgl ausser RGSt 68, 371, 374; JW 1936, 2101 (Nr 37); RGSt 71, 344, 346; BGHSt 3, 24 (zu § 81 a GmbHG).

4) vgl HRR 1936, Nr 78; RGSt 76, 115.

5) vgl HRR 1940, Nr 648; RGSt 77, 228.

taten nicht zuliessen, und auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 266 a.F. angenommen werden müsse, dass der Gesetzgeber eine dem § 247 entsprechende Regelung für § 266 nicht gewollt habe. Den gesetzgeberischen Grund für diese unterschiedliche Behandlung von Unterschlagung und Untreue sah das RG darin, dass bei der Untreue (aus § 266 Abs 1 Zi 1 a.F.) zugleich die Verletzung einer öffentlichen Funktion in Frage stehe.

Im Rahmen der Bevollmächtigtenuntreue wurde die Frage des Strafantrags nicht praktisch bedeutsam. Das RG hatte sich nur zweimal, in RGSt 3, 283 und 66, 371 mit Fällen zu befassen, in denen Untreue gegen Angehörige zu prüfen war. Beide Male bestand aber kein Anlass, ernsthaft das Erfordernis des Strafantrags zu untersuchen, weil beide Angeklagte nicht Bevollmächtigte waren.

Nachdem die Neufassung des § 266 den tauglichen Täterkreis sehr stark erweitert hatte, hielt es das RG bald für nötig, seine frühere Auffassung zu überprüfen. In RGSt 70, 205 (208, 209) 1) kam es bezüglich Untreue gegen den Ehegatten zum Ergebnis, dass eine dem § 263 Abs 5 StGB gleichlautende Regelung für die Untreue dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers entspreche. Dies ergibt sich nach Auffassung des RG daraus, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung der Bestimmungen über die Untreue die besonderen Vorschriften über die Verfolgbarkeit des Betrugs zwischen Ehegatten habe bestehen lassen, und, weil die Gründe für diese Besonderheit auf die Untreue in derselben Weise zuträfen wie auf den Betrug. Denn "Untreue und Betrug liegen vielfach tatsächlich ähnlich und berühren einander auch häufig rechtlich. Oft handelt es sich sowohl beim Betrug als auch bei der Untreue unter Ehegatten um Kleinigkeiten des täglichen Lebens ..."

(70, 205, 209). In der Folgezeit bejahte das RG die Notwendigkeit eines Strafantrags zur Verfolgung der Untreue zwischen Eltern und Kindern (JW 1937 S. 2510 Nr 6) zwischen Geschwistern (RGSt 71, 323), zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie (JW 1938 S. 793 Nr 14) und endlich zwischen Angehörigen allgemein in RGSt 75, 242, "weil auch hier der in den genannten Entscheidungen angeführte Grund - Schonung der Familienbeziehungen - durchgreift ..." (RGSt 75, 242).

Der BGH hat diese Rspr des RG in BGHSt 3, 278 bestätigt.

1) vgl auch JW 1937, 2700 (Nr 11)

II. GEMEINSAME FRAGEN ZUR UNTREUE

1) Untreue im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Rechtsgeschäfte.

Die Rspr zur Untreue im Rahmen gesetz- oder sittenwidriger Rechtsgeschäfte betrifft zum Teil zufällig verschiedene Tatbestandsmerkmale des § 266. Gleichwohl schien es ratsam, die einzelnen Entscheidungen nicht jeweils unter dem entsprechenden Abschnitt zu behandeln, weil dies den Zusammenhang der komplexen Überlegungen zerreißen und das Verständnis der Schwierigkeiten, denen sich die Rspr hier gegenüber sah, erschweren würde.

Die Frage, deren Lösung der Rspr zu § 266 2. Alt. besondere Schwierigkeiten bereitere, lautet präzise, ob Untreue in Fällen möglich ist, in denen die für die Untreue in Betracht kommenden Beziehungen zwischen Treugeber und Treunnehmer auf einem gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäft beruhen.

Im Rahmen der Bevollmächtigtenuntreue hat sich die Rspr nur einmal in RGSt 41, 265 mit dieser Frage beschäftigt. Dort war dem Angeklagten der Hypothekenbrief über eine für ihn zum Schein bestellte Hypothek vom Grundstückseigentümer mit dem Auftrag übergeben worden, zum Nachteil anderer Gläubiger eine Pfändung der Mietzinsen zu erwirken. Der Angeklagte hat den Hypothekenbrief stattdessen zur Sicherung für ein ihm gewährtes Darlehen an einen Dritten weitergegeben. Das RG untersuchte zunächst, ob der Angeklagte Bevollmächtigter war, und bejahte dies. Sodann erörterte es, ob die Sittenwidrigkeit des Auftrags wegen des für den Tatbestand des Betrugs angenommenen Grundsatzes 1), dass ein Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen erforderlich sei, die Annahme einer Untreue ausschliesse. Auch dieses Erfordernis, das das Tatbestandsmerkmal des Nachteils betreffe, war nach seiner Auffassung gegeben. Denn der Auftraggeber sei Eigentümer des Hypothekenbriefes gewesen, über den der Bevollmächtigte verfügt hat. Im übrigen aber sei "eine Verallgemeinerung jenes Grundsatzes in dem Sinn, dass eine Sache, die zu unerlaubtem, selbst strafbarem Zweck in die Hände eines anderen gegeben wird, des strafrechtlichen Schutzes aus diesem Grund entbehrt, ... nicht für zulässig zu erachten".

Die Überlegungen, die das RG zu § 266 a.F. angestellt hatte, kehren in der Rspr zu § 266 n.F. wieder. Allerdings war die befriedigende Bewältigung der Aufgabe nun insofern erschwert, als der Tatbestand des § 266 n.F. die Vermögensinteressen schon im Rahmen der Treupflicht ausdrücklich nannte, so dass nun auch der Gesichtspunkt des rechtlich geschützten Vermögens schon in diesem Zusammenhang erörtert werden konnte, und damit die Gefahr einer Verquickung nicht zusammengehöriger Gesichtspunkte bestand. Dazu kommt, dass es der Rspr zu § 266 n.F. nicht gelungen ist, die vom Gesetzgeber ungenügend beschriebene

1) Den Grundsatz, dass ein Eingriff in das "rechtlich geschützte Vermögen" erforderlich sei, hat die Rspr zum Betrug erst in RGSt 44, 230 aufgegeben.

Vermögenssorgepflicht ihrerseits eindeutig zu bestimmen, während sie das Vollmachtsverhältnis durch das Merkmal, dass dem als Bevollmächtigten in Frage Kommenden Rechtsmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften mit Wirkung für einen anderen übertragen sein musste, vergleichsweise eindeutig feststellbar hatte beschreiben können. Infolgedessen konnte die Unsicherheit, die ohnehin bei der Bestimmung des Treueverhältnisses des § 266 n.F. im Einzelfall bestand, durch die möglicherweise notwendige zusätzliche Berücksichtigung der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit der Rechtsbeziehungen zwischen Treugeber und Treunehmer noch verstärkt werden.

In der ersten Entscheidung dieser Art zu § 266 n.F. hatte das RG zu entscheiden, ob sich ein Hehler der Untreue schuldig gemacht hat, der entgegen der mit dem Dieb getroffenen Vereinbarung über die Verwertung der gestohlenen Sachen einen Teil der Diebesbeute für sich verkauft hatte. Es ging bei der Lösung davon aus, dass grundsätzlich auch Beziehungen rein tatsächlicher Art die Pflicht zur Wahrnehmung von Vermögensinteressen begründen könnten. Ausserdem sei das Strafrecht des Staates grundsätzlich gegen einen Rechtsbrecher auch dann zu verfolgen, wenn der Verletzte ebenfalls gegen das Sitten- oder Strafgesetz verstossen habe. Es sei aber "nicht Aufgabe der Rechtsordnung, darüber zu wachen, dass der Hehler der mit dem Dieb getroffenen Abrede treu bleibt, die gestohlene Sache in einer bestimmten Weise zu verwerten ... Eine Rechtsordnung, die sich dafür einsetzt, dass das gegen ihren eigenen Bestand gerichtete Zusammenwirken von Dieb und Hehler ungestört verläuft, würde sich selbst aufgeben". Das RG verneinte hier also Untreue, weil die an sich bestehende Vermögenssorgepflicht des Hehlers gegenüber dem Dieb nicht schutzwürdig sei, ohne geprüft zu haben, ob nach allgemeinen Grundsätzen eine solche Pflicht überhaupt bestand 1).

Demgegenüber nahm die Entscheidung RGSt 73, 157 Untreue für einen RA an, der über Vermögen zu anderen Zwecken verfügte, das ihm ein Mandant zu einer devisenrechtlich verbotenen Übermittlung ins Ausland anvertraut hatte 2). Sie hielt ein Treuverhältnis auf Grund Gesetzes für gegeben, weil der RA aus ungerechtfertig-

1) OLG Braunschweig NJW 1950, 656 versteht das Urteil auch in diesem Sinn. Dagegen scheint HRR 1942, Nr 612 anzunehmen, das RG habe aus dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit schon das Vorliegen eines Treueverhältnisses verneint. Die Entscheidung RGSt 70, 7 kann aber nur in dem oben angenommenen Sinn verstanden werden, weil andernfalls die Begründung aus dem Gesichtspunkt des "rechtlich geschützten Vermögens", der ein an sich tatbestandsmässiges Handeln voraussetzt, nicht recht verständlich wäre.

2) vgl BGH NJW 1954, 889: Auftrag zur Beschaffung von Falschgeld: Der BGH prüft hier ebenfalls, ob eine Treupflicht kraft Gesetzes (§ 812 BGB) besteht, verneint dies aber, weil der Beauftragte keine Selbständigkeit etc besitze, sondern nur noch die ihm von seinem Auftraggeber zum Ankauf des Falschgeldes überlassenen Mittel zurückgeben müsse.

tigter Bereicherung zur Rückgabe des Vermögens verpflichtet gewesen sei, und diese Pflicht durch den besonderen Umstand, dass ihm die RAO als Rechtswahrer besondere Berufspflichten auferlegt hat, zu einer Vermögenssorgepflicht i. S. § 266 geworden sei. Die in RGSt 70, 7 für die dortige Auffassung gegebene vereinfachende und unlogische Begründung 1), die Rechtsordnung habe nicht über die Einhaltung einer solchen sittenwidrigen Abrede zu wachen, lehnte die Entscheidung als abwegig ab. Da sie sich im übrigen nicht zur Schutzwürdigkeit der anvertrauten Vermögensinteressen äusserte, wollte sie diese wohl im Gegensatz zu RGSt 70, 7 bejahen.

Während diese beiden Entscheidungen die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit der Vereinbarung getrennt von der Frage, ob eine Treupflicht gegeben sei, unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit des Treueverhältnisses berücksichtigten, behandelten die Entscheidungen RG HRR 42, Nr 312 und NJW 50, 656 diese Tatsache als einen der Umstände des jeweiligen Falles, die über das Bestehen der Vermögenssorgepflicht (auf Grund tatsächlichen Treueverhältnisses) entscheiden. Beide Entscheidungen sahen in ihr ein Anzeichen gegen das Vorliegen einer Treupflicht: "Bei Verstössen gegen das Straf- oder Sittengesetz wird es stets der Darlegung besonderer Umstände bedürfen, um trotzdem ein Treueverhältnis zwischen den Beteiligten bei nichtigem Rechtsgeschäft annehmen zu können. In der Regel werden die Grundsätze der Rechts- und Sittenordnung die Anwendung des Begriffes auf solche Beziehungen verbieten" (OLG Oldenburg NJW 1950, 656).

Abgesehen von der Einordnung der Gesetz- und Sittenwidrigkeit in den Tatbestand besteht der äussere Unterschied zwischen RGSt 70, 7 und den beiden letztgenannten Entscheidungen darin, dass RGSt 70, 7 Untreue im Rahmen sittenwidriger und gesetzwidriger Geschäfte für schlechthin ausgeschlossen hielt, während nach den beiden letztgenannten Entscheidungen ein Treueverhältnis, und damit Untreue in solchen Fällen gegeben sein kann, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die für die Treupflicht sprechenden überwiegen. Gemeinsam ist den Entscheidungen ausser dem konkreten Ergebnis, dass sie den Begriff der Treupflicht nicht mehr "wertneutral" als notwendige Folge und Entsprechung zu dem dem Treunehmer erwiesenen Vertrauen auffassen, was allein seiner geschichtlichen Bedeutung und auch der überwiegend von der Rspr zu § 266 n.F. vertretenen Meinung entsprochen hätte, sondern von einem sittlichen Treuebegriff ausgehen.

Die notwendige Klärung der Frage, ob Untreue im Rahmen gesetz- und sittenwidriger Rechtsgeschäfte möglich ist, brachte BGHSt 8, 254 mit dem sogenann-

1) Vereinfachend, weil die Einhaltung der getroffenen Abrede nicht die einzige Alternative zu ihrer Verletzung durch eigennützige Verwendung der anvertrauten Vermögenswerte darstellt; vgl RGSt 73, 157; BGHSt 8, 254.

Unlogisch, weil die Vereinbarung nichtig ist, und daher eine Pflicht, das Geld der getroffenen nichtigen Vereinbarung entsprechend zu verwenden, nicht entstehen konnte.

ten FDJ-Urteil. Der BGH geht davon aus, dass "die Rechtsordnung ... im Bereich der Vermögensverbrechen allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen, sei es im Ganzen oder in Teilen" kenne. In Bezug auf solches Vermögen könnten allgemein Vermögensdelikte begangen werden. Die strafrechtliche Einwirkung finde nicht um des durch eine solche Tat verletzten Übeltäters willen statt, oder um ihm die Tat zu erleichtern, "sondern im Interesse der Allgemeinheit, die nicht dulden kann, dass sich jemand, und sei es selbst im Zusammenhang mit Verbrechen, an unrecht erworbenem oder sonst bemakeltem Gut eigenmächtig bereichert, oder dass gesetzlose Zustände einreissen, die zu Gewalttaten führen und den Nährboden weiterer Verbrechen bilden können ...". Sodann erörtert die Entscheidung, ob dies auch für den Treubruchstatbestand gelte, der im Gegensatz zu den übrigen Vermögensdelikten die schuldhafte Verletzung rechtlicher Pflichten ahnde. Sie erklärt zu dem Einwand, ein rechtlich geschütztes Treueverhältnis und damit rechtliche Pflichten könnten nur auf Beziehungen und Umständen beruhen, die der Rechts- und Sittenordnung nicht widerstritten, es sei nicht Aufgabe des Strafrechts, rechtswidrige Abreden zu schützen oder ihrer Erfüllung zu dienen: "Diese Ansicht verkennt den Sinn des Treubruchstatbestandes und steht mit den Strafvorschriften gegen Vermögensverbrechen allgemein nicht in Einklang. Sie beruht auf Unklarheit über den Rechtsbegriff der in § 266 umschriebenen, auf Grund "eines Treueverhältnisses obliegenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen". Zum Tatbestand gehört allgemein nicht, dass dieses "Treueverhältnis" und die aus ihm erwachsende Pflicht zur Vermögensfürsorge auf einem sittlichen Treuband beruht. Der sittliche Treuebegriff ... ist kein Tatbestandsmerkmal des § 266 ... Eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, greift im Gegenteil bisweilen gerade dann Platz, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber zugrunde liegt, wegen Gesetz- oder Sittenverstoss nichtig ist, so dass die verbleibenden Pflichten beider Teile nunmehr einem anderen, notwendigerweise allgemeinen Masstab unterliegen müssen ... Der notwendige allgemein verbindliche Masstab liegt ..., wie bei den anderen Vermögensstraftaten, in dem überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung. Dieses Interesse gebietet es, dass sich die Beziehungen zwischen dem "Treugeber" und seinem Partner auch in solchen Fällen noch im Rahmen der Strafgesetze halten ...".

Damit hat der BGH klargestellt, dass es auch in Fällen, in denen ein gesetz- oder sittenwidriges Rechtsgeschäft eine Vermögenssorgepflicht begründen sollte, für die Frage der Untreue nur darauf ankommt, ob der Täter mit der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen tatsächlich betraut war. Ist dies zu bejahen, dann ist ihm das in § 266 2. Alt. vorausgesetzte Vertrauen erwiesen, und damit seine Treupflicht begründet.

2) Das Wesen der Untreue

Der Wortlaut der Untreue gem. § 266 a.F., insbesondere die Bestimmung über die Bevollmächtigtenuntreue, hat eine Erörterung darüber verursacht, was die Strafwürdigkeit der Untreue begründe 1). Eine Stellungnahme zu dieser Frage, obzwar in erster Linie Aufgabe systematischer Überlegungen der Rechtswissenschaft, konnte auch das RG nicht vermeiden, da die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale davon abhing.

Als Erkenntnisquellen der rg Auffassung kommen zunächst verschiedene ausdrückliche Äusserungen über das Wesen der Untreue in Betracht. So erklärte das RG in RGSt 1, 172 für § 266 Abs 1 Zi 1, in RGSt 20, 262 für die Bevollmächtigtenuntreue und in RGSt 44, 67 für § 266 Abs 1 Zi 3 als Merkmal der Untreue, dass der Täter die ihm auf Grund der im jeweiligen Tatbestand genannten Umstände obliegende besondere Treupflicht verletzt und dadurch den Treuberechtigten schädigt 2). Während diese Entscheidungen eindeutig die Treubruchstheorie vertreten, gebraucht das RG in anderen Urteilen Wendungen, die auf eine Missbrauchstheorie hindeuten. So legte das RG schon in RGSt 19, 271 dar, die Strafbestimmung des § 266 Abs 1 Zi 2 richte sich gerade "gegen den Missbrauch der durch das bestehende Vollmachtsverhältnis gewährten Fügigkeit, über Vermögensstücke des Auftraggebers zu dessen Nachteil zu verfügen". Ähnliche Formulierungen finden sich seit RGSt 61, 1 häufiger in rg Erkenntnissen 3), wobei das RG als Massstab des Missbrauchs das Innenverhältnis hervorhob. Man konnte deshalb annehmen, das RG habe sich in der letzten Zeit seiner Rspr zu § 266 a.F. der Missbrauchstheorie zugewandt.

Für die Untersuchung der rg Auffassung zum Wesen der Untreue ist jedoch ausser seinen ausdrücklichen Aussagen auch zu beachten, wie es den Untreuetatbestand auslegte. Aus der Auslegung ergibt sich der Gehalt der ausdrücklichen Aussagen.

Der Bevollmächtigtenbegriff war nach st Rspr des RG durch das besondere Vertrauensverhältnis gekennzeichnet, das dadurch entstand, dass der Auftraggeber dem Täter rechtsgeschäftlich oder tatsächlich die Rechtsmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften mit Wirkung für sein Vermögen anvertraute und ihn dadurch in die Lage versetzte, rechtsgeschäftlich oder tatsächlich über das Vermögen zu verfügen. Dieses besondere Vertrauensverhältnis begründete für den Täter die be-

1) Die verschiedenen hierzu vertretenen Ansichten sind zusammengefasst in Materialien S. 339 ff.

2) vgl zu § 266 Abs 1 Zi 1: RGSt 16, 77; 45, 434;
zu § 266 Abs 1 Zi 2: RGSt 26, 106; 32, 26; 38, 363; 41, 265; JW 1923, 402 (Nr 50); HRR 1933, Nr 1383.

3) vgl zu § 266 Abs 1 Zi 1: RGSt 65, 333;
zu § 266 Abs 1 Zi 2: RGSt 65, 401; 66, 206, 207; 66, 371, 372.

sondere Treupflicht, die ihn zum Bevollmächtigten nach § 266 Abs 1 Zi 2 machte 1).

Die Tathandlung, deretwegen er sich strafbar machte, das "Verfügen über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers", beschränkte das RG nicht nur auf rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern tatbestandsmässig war nach seiner Ansicht jede Handlung, die das Verhältnis des Auftraggebers zu seinem Vermögensstück, wenn auch nur tatsächlich, veränderte, und auch eine Unterlassung, wenn sie diese Wirkung hatte 2). Den Begriff der Verfügung sah das RG dabei nicht als aus dem Wesen der Untreue heraus notwendige Begrenzung der Untreuehandlung an, sondern es war zu dieser Beschreibung der Untreuehandlung durch die Tatbestandsfassung des § 266 gezwungen. Seine Rspr zu den Kreditgeschäften etwa zeigt, dass es die Untreuehandlung in den Grenzen des durch die Tatbestandsfassung Möglichen auf pflichtwidrige Schädigungen jeder Art ausdehnen wollte 3).

Das RG hat demnach die Untreue jedenfalls nicht als Missbrauch rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht, der ja nur durch Vornahme von Rechtsgeschäften erfolgen könnte, verstanden. Es hat aber das Wesen der Untreue auch nicht im Sinne Bindings in der Zuwiderhandlung gegen einen Geschäftsbesorgungsvertrag gesehen. Denn nach dieser Auffassung hätte es nur solche Verfügungen als taugliche Untreuehandlung verstehen dürfen, die den konkreten Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag zuwiderliefen, aber abstrakt als Ausführung desselben gedacht werden konnten 4). Das RG hat jedoch auch Handlungen, die auch über den abstrakt möglichen Inhalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages hinausgingen, insbesondere die Unterschlagung von Vermögensstücken des Auftraggebers, als Untreue behandelt. Vor allem widerspricht dieser Theorie, dass das RG den Begriff des Bevollmächtigten und damit die Möglichkeit der Untreue auch bejahte, wo jemand nur tatsächlich, also ohne zivilrechtlich wirksames Innenverhältnis, von einem anderen bevollmächtigt war.

Das RG betrachtete vielmehr ungeachtet einzelner missverständlicher Formulierungen die Verletzung einer Treupflicht als das Wesen der Untreue. Dies zeigt besonders deutlich seine Einstellung zu dem Erfordernis der Vertretungsmacht. Die Bestellung des Bevollmächtigten zur Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung des Auftraggebers hielt es nicht um ihrer selbst willen für wesentlich, sondern als konstitutives Merkmal besonders gesteigerten Vertrauens und der dadurch begründeten Treupflicht. Soweit das RG das Wesen der Untreue "in der bei Berücksichtigung des Innenverhältnisses als missbräuchlich erscheinenden Anwendung der nach aussen wirksamen Verfügungsmacht" (RGSt 61, 1) sah, verstand es unter Ver-

1) vgl oben S. 21, 22

2) vgl oben S. 33, 35, 37

3) vgl oben S. 34

4) Binding, Lehrbuch, Bd. I, S. 396;

zur Interpretation dieser Meinung: Mayer S. 313, 314.

fügungsmacht hier die durch Bestellung zu rechtsgeschäftlichem Handeln für den Bevollmächtigten geschaffene Möglichkeit, rechtsgeschäftlich oder tatsächlich über das anvertraute Vermögensstück zu verfügen. Verfügungsmacht in diesem Sinne kennzeichnete also die Gesamtheit der nach § 266 Abs 1 Zi 2 tatbestandsmässigen Schädigungsmöglichkeiten, die dem Bevollmächtigten auf Grund des Vertrauensverhältnisses gegeben waren. Mit dem Missbrauch beschrieb das RG demnach in erster Linie die nach § 266 tatbestandsmässige Untreuehandlung, während mit der Treupflichtverletzung der Grund der Strafbarkeit und das Wesen der Untreue allgemein angesprochen war. Beide Wendungen müssen also als hinsichtlich ihrer Reichweite kongruente Aussagen verstanden werden, die die Untreue lediglich aus verschiedener Blickrichtung bezeichneten.

Wenn man die Auffassung des RG zum Wesen der Untreue einer der Untreue-theorien zuordnen will, so entspricht sie der tatsächlichen oder nicht zivilrechtlich gebundenen Treubruchstheorie. Dass das RG die Untreuehandlung auf Verfügungen beschränkte, entsprang nicht seiner Auffassung über das Wesen der Untreue, sondern der Notwendigkeit, die Wortfassung des § 266 Abs 1 Zi 2 zu beachten.

2. HAUPTTEIL: Einfluss der Rechtsprechung auf die Gestaltung der Untreuebestimmungen im Entwurf 1960

A. DIE UNTREUE IM ENTWURF 1960

I. ALLGEMEINES

1) Wesen der Untreue

Der E vertritt zum Wesen der Untreue gegenüber den bisherigen Auffassungen eine Mittelmeinung: "In dem Bestreben um einen eindeutigen Tatbestand lehnt der E die weite Treubruchstheorie ab; er gibt aber auch die Missbrauchstheorie auf und verlässt damit die Unterscheidung zwischen Missbrauchs- und Treubruchstatbestand" 1).

Der E geht davon aus, dass die Untreue in der Verletzung von Treupflichten besteht. Er hält aber nicht jede Treupflicht für derart schutzwürdig, dass ihre Verletzung strafrechtlich geahndet werden muss. Dem Schutz einer Strafbestimmung soll lediglich ein Kreis besonders gesteigerter Treupflichten unterstellt werden, deren Verletzung für die Allgemeinheit untragbar und darum strafwürdig ist. Aus diesem Grund lehnt der E die weite Treubruchstheorie ab, der, selbst wo sie sich darum bemüht hat, weder eine begriffliche noch eine tatbestandsmässige Begrenzung der schutzwürdigen Treupflichten gelungen ist.

Weil er das Wesen der Untreue in der Treupflichtverletzung sieht, gibt der E auch die Missbrauchstheorie als solche auf. Gleichwohl knüpft er an diese Theorie insoweit an, als auch nach seiner Auffassung dem tauglichen Täter Vertretungsbefugnis eingeräumt sein muss. Diese dem Täter überantwortete Rechtsmacht hält er jedoch nicht um ihrer selbst willen für wesentlich, sondern betrachtet ihre Übertragung und demzufolge ihr Vorhandensein als Ausdruck und Kennzeichen eines besonderen Vertrauensverhältnisses des Übertragenden. Dieser Vertrauensakt begründet nach Meinung des E ein solch intensives Vertrauensverhältnis, dass die in ihm wurzelnden Treupflichten des Treunehmers schutzwürdig sind und ihre Verletzung daher strafwürdig erscheint. Seine Auffassung gründet auf der Überlegung, dass demjenigen, der von einem anderen mit der Besorgung von Vermögensangelegenheiten durch Vornahme von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung betraut wird, von dem Treugeber für den Kreis der übertragenen Geschäfte die eigene rechtliche Machtvollkommenheit übertragen wird, und dass diese Übertragung für den Treu-

1) Amtl. Begründung S. 400, Sp 2, letzter Absatz

Die folgende Darstellung der Untreue nach dem E 1960 - §§ 263, 264 - beruht naturgemäss im wesentlichen auf den Erläuterungen der amtl. Begründung S. 400 mit 403.

Dieser allgemeine Hinweis wird daher nur in wesentlichen Punkten durch weitere Zitierung der amtl. Begründung ergänzt.

nehmer die Gelegenheit zu umfassender Schädigung des Treugebers hinsichtlich der anvertrauten Angelegenheiten bietet. Die Einräumung einer derartigen Stellung beruht daher auf dem besonderen Vertrauen des Treugebers und verpflichtet den Treunehmer zu besonderer Treue. Das besondere Vertrauen beschränkt sich aber nicht auf die Erwartung, der Treunehmer werde die eingeräumte Rechtsmacht nicht missbrauchen; es geht vielmehr allgemein dahin, dass er die ihm übertragenen Vermögensangelegenheiten in jeder Hinsicht im Interesse des Treugebers erledigen werde. Das Vertrauen und die ihm entsprechende Treupflicht kann der Treueverpflichtete daher nicht nur durch Missbrauch der eingeräumten Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis, sondern durch jede Schädigung der zur Besorgung anvertrauten Vermögensangelegenheiten verletzen.

Da die gegen Untreue geschützte Treupflicht dem Vertrauensverhältnis entspringt, das allein durch den besonders gekennzeichneten Vertrauensakt des Treugebers begründet wird, ist für das Bestehen der Treupflicht gleichgültig, ob obligatorische Beziehungen zwischen Treugeber und Treunehmer vorgesehen sind und ob sie gültig sind. Der E vertritt also die "tatsächliche" Treubruchstheorie. Seine Auffassung vom Wesen der Untreue ist auch in weiterer Hinsicht insofern vom Zivilrecht unabhängig, als ein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis durch die Betrauung mit der Vermögenssorge auch dann begründet wird, wenn die Übertragung der Rechtsmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung des Treugebers zivilrechtlich nicht wirksam wird. Denn nach Meinung des E nimmt die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Betrauung als dem wesentlichen Vertrauensakt nichts von ihrem Gehalt. Entscheidend für das Bestehen des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses ist, dass der Treugeber auch in einem solchen Fall dem Treunehmer - diesem zumindest erkennbar - seine Machtvollkommenheit übertragen will.

Auf eine kurze Formel gebracht sieht der E das Wesen der Untreue in dem Schutz besonders gekennzeichneten vermögensrechtlicher Treupflichten, dieser aber gegen jede vermögensschädigende Verletzung.

2) Aufbau des Tatbestandes

Bei der tatbestandlichen Verwirklichung der eingeschränkten Treubruchstheorie in § 263 unterscheidet der E in Abs 1 und Abs 2 zwei Gruppen tauglicher Täter; Abs 1 erfasst als Sondergruppe diejenigen, die mit einer Vermögensverwaltung betraut sind. Abs 1 Zi 2 stellt den Vermögensverwaltern solche Personen gleich, die eine Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen haben, Abs 2 als subsidiäre und generelle Bestimmung betrifft allgemein die Betrauung mit einer Geschäftsbesorgung, die sich nicht als Vermögensverwaltung darstellt und die durch den Abschluss von Rechtsgeschäften für Rechnung des Betrauenden erledigt werden soll.

Die Betrauung mit rechtsgeschäftlicher Tätigkeit kennzeichnet auch die durch Abs 1 geschützte Treupflicht. Der E hält die Unterscheidung dennoch für

geboden, weil die Treupflicht des Vermögensverwalters inhaltlich zumeist umfassender ist und deshalb intensiver bindet als in den Fällen des Abs 2. Wegen der verschiedenen Intensität der geschützten Treupflicht stellt der E unterschiedliche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand der Untreue nach Abs 1 und Abs 2, weil er glaubt, dass in den Fällen des Abs 1 jede pflichtwidrige wissentliche oder absichtliche Schädigung strafwürdig sei, dass es dagegen in Abs 2 nicht strafwürdige pflichtwidrige Schädigungen durch verschärfte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand auszuschneiden gelte. Der verschiedene Umfang der Treupflicht als solcher hat sich auf die Gestaltung des Tatbestands nicht ausgewirkt. Unter diesem Gesichtspunkt können sich jedoch nach Auffassung des E unterschiedliche Folgerungen für die Frage der Pflichtwidrigkeit bei der Anwendung des Tatbestands im einzelnen Fall ergeben. Insbesondere wird die Unterscheidung bedeutsam für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit von Unterlassungen und in Fällen, in denen die Beachtlichkeit eines Interessenwiderstreits zu klären ist.

II. DER TÄTERKREIS

1) Täter nach § 263 Abs 1

Täter der Untreue nach § 263 Abs 1 des E kann allgemein sein, wer damit betraut ist, "Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen".

Als Beispiele für die Betrauung mit einer Vermögensverwaltung führt § 263 Abs 1 Zi 1 in lit a die Vermögensverwaltung juristischer Personen durch deren vertretungsberechtigte Organe und Organmitglieder an und nennt in lit b eine Reihe typischer Vermögensverwalter. Die angeführten Personenkategorien sollen lediglich den Begriff der Vermögensverwaltung verdeutlichen und damit die Abgrenzung zwischen Abs 1 und Abs 2 erleichtern.

Generell muss dem Täter nach Abs 1 Zi 1 die "Verwaltung" eines Vermögens übertragen sein. Der Begriff deckt sich mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch. Man hat darunter die Sorge für die Erhaltung und nutzbringende Verwendung des Vermögens zu verstehen. Wesentlich ist aber auch hier, wie sich aus der Fassung des Abs 2 ("sonst damit betraut") und aus der amtlichen Begründung ergibt, dass dem Verwalter die Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung des Vermögensinhabers übertragen ist. Die Feststellung dieses Erfordernisses wird freilich kaum praktisch bedeutsam werden, da dem Verwalter eines Vermögens im ganzem regelmässig, wenn nicht notwendig, Vertretungsbefugnis eingeräumt ist.

Immerhin folgt aus diesem Erfordernis ein weiteres, das der Begriff des Verwaltens nicht zwingend ausdrückt: Abs 1 betrifft nur die fremdnützige Vermögensverwaltung. Der Niessbraucher eines Vermögens und der Treuhänder kraft Rechtsgeschäfts, der als Gläubiger des Vermögensinhabers dessen Vermögen verwaltet,

fallen daher nicht unter Abs 1.

Objekt der Verwaltung ist "Vermögen" eines anderen. Die Tatbestandsfassung enthält vor "Vermögen" nicht den bestimmten Artikel. Daraus folgt, dass nicht nur die Verwaltung eines Vermögens im ganzen tatbestandsmässig ist. Die amtliche Begründung bestätigt dies. Sie spricht auch von der Verwaltung von Vermögensteilen 1). Was darunter zu verstehen ist, lässt sie offen. Sofern damit abgegrenzte Sondervermögen angesprochen sein sollen, wie etwa der der Nachlassverwaltung oder der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlass, ist der Tatbestand eindeutig.

Sofern der E jedoch mit "Vermögensteil" einen weitergehenden Sinn verbindet, könnte der Begriff nur negativ bestimmt werden. Da § 263 Abs 2 im Gegensatz zu Abs 1 die Besorgung einzelner Vermögensangelegenheiten betrifft, könnte unter Vermögensteil jedenfalls nicht das "Vermögensstück" im Sinne des § 266 a. F. als der einzelne Vermögensgegenstand begriffen werden. Andernfalls wäre nämlich die Grenze zwischen Abs 1 und Abs 2 aufgehoben, da nicht anzunehmen ist, dass der E insoweit danach differenzieren will, ob bezüglich eines Vermögensstücks ein oder mehrere Rechtsgeschäfte vorzunehmen sind. Als Vermögensteil könnte demnach nur eine Mehrheit von Gegenständen angesehen werden. Ein Merkmal dafür, wann eine solche Mehrheit unter Abs 1 oder Abs 2 zu subsumieren wäre, ist jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere könnte der objektive Wert nicht als Kriterium herangezogen werden, weil er auch für die Verwaltung eines Vermögens im ganzen keine Rolle spielt. Andererseits wäre die subjektive Wertschätzung durch den Treugeber nach seinen persönlichen Verhältnissen verschieden und überdies schwer feststellbar.

Vernünftig erscheint daher nur die Auslegung, dass sich die Verwaltung auf Vermögen im ganzen oder objektiv abgegrenztes Sondervermögen der in Abs 1 vorausgesetzten Art beziehen muss. Für diese Auslegung sprechen auch die in Abs 1 zur Veranschaulichung des Begriffs Vermögensverwaltung angeführten Beispiele.

Die Verwaltung muss endlich Vermögen eines anderen betreffen. Diese Formulierung stellt vor die Frage, ob die dingliche Rechtslage an den einzelnen Gegenständen oder das Innenverhältnis zwischen Treunehmer und Treugeber über die Zugehörigkeit des Vermögens entscheidet. Dem als Treubruch verstandenen Wesen der Untreue wird nur die zweite Möglichkeit gerecht. Dass die Wendung so zu verstehen ist, bestätigt auch die Anführung des Treuhänders im Tatbestand als Beispiel eines Vermögensverwalters. Endlich ergibt sich dies auch aus dem in Abs 2 als Beispiel pflichtwidrigen Handelns angeführten "Verfügen über Mittel oder Gegenstände, die zur Besorgung erlangt sind". Dieses Beispiel, das auch für die Untreuehandlung des Vermögensverwalters gilt, bringt zum Ausdruck, dass für die Untreuehandlung und damit auch für die Begründung der Treupflicht

1) Amtl. Begründung S. 401, Sp 1, unten

nur die Zuordnung des Vermögens nach dem Innenverhältnis massgeblich ist.

Als Vermögensverwalter im Sinne des Abs 1 kommen ausser den im Tatbestand genannten vor allem in Betracht 1) die Eltern als Verwalter des Kindesvermögens, die Verwalter nichtrechtsfähiger Stiftungen, die Liquidatoren offener Handelsgesellschaften und diejenigen, die vom Träger eines Privatvermögens mit dessen Verwaltung beauftragt werden.

Abs 1 Zi 2 bezieht scheinbar im Gegensatz zur eingeschränkten Treubruchstheorie auch solche Personen in den Täterkreis ein, die eine Vermögensverwaltung der in Abs 1 Zi 2 genannten Art zu beaufsichtigen haben. Zum Unterschied von den Vermögensverwaltern ist ihnen keine rechtsgeschäftliche Tätigkeit für den Treugeber aufgetragen. Aber auch sie haben infolge der Betrauung mit der Aufsicht über die Vermögensverwaltung die Gelegenheit, mittelbar durch bewusste Vernachlässigung ihrer Aufsicht oder gar durch Kollusion mit dem Vermögensverwalter von dessen umfassenden Schädigungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Die Bestellung zur Aufsicht entspringt daher ebenfalls einem besonders schutzwürdigen Vertrauensverhältnis. § 263 Abs 1 Zi 2 erfasst vor allem die nicht vertretungsberechtigten Organe und Organmitglieder juristischer Personen.

2) Täter nach § 263 Abs 2

Nach § 263 Abs 2 ist Täter der Untreue, wer nicht die Verwaltung eines Vermögens im ganzen, sondern einzelne Vermögensangelegenheiten eines anderen zu besorgen hat. Der Täterkreis ist damit gegenüber § 263 Abs 1 subsidiär und generell umschrieben.

Die Betrauung mit der Besorgung einzelner Vermögensangelegenheiten begründet jedoch nur dann die durch § 263 Abs 2 geschützte Treupflicht, wenn der Täter durch Abschluss von Rechtsgeschäften für Rechnung des Betrauenden tätig zu werden hat. Nur bei Vorliegen dieses Merkmals untersteht nach dem E die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen dem Schutz der Untreue.

Als taugliche Täter scheiden daher alle Personen aus, die nicht mit der Vornahme von Verpflichtungsgeschäften oder Verfügungen, sondern nur mit "mechanischer" oder technischer Tätigkeit für einen anderen betraut sind. Demzufolge kann der Nachweismakler, der Bote, das Hausmädchen, der Lagerverwalter und der Verwahrer einer Sache in dieser Stellung nicht Untreue begehen. Selbstverständlich kommen aber auch diese Personen insoweit als Täter in Betracht, als ihnen im Einzelfall der Abschluss eines Rechtsgeschäfts für Rechnung des Geschäftsherrn aufgetragen ist.

Der Täter muss mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften "für Rechnung" des Treugebers betraut sein. Die Bestimmung erfasst also sowohl den direkten als auch den mittelbaren Stellvertreter. Wesentlich ist nicht, ob jemand im eigenen oder

1) Amtl. Begründung S. 401, Sp 2, Mitte

in fremden Namen auftreten soll, sondern nur, dass er mit Wirkung für fremdes Vermögen handeln kann.

Eine solche Einwirkungsmöglichkeit kann der Treugeber nicht nur durch Bevollmächtigung oder Ermächtigung einräumen, sondern auch dadurch, dass er dem Treunehmer einen Gegenstand zur Verfügung darüber überträgt. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Untreue als Pflichtverletzung und ist auch dem Tatbestand zu entnehmen, der lediglich ein Handeln für Rechnung des Treugebers verlangt und sich mit der Wendung "Besorgung von Vermögensangelegenheiten" nicht auf die Massgeblichkeit der dinglichen Rechtslage festlegt. Insbesondere folgt dies aus der Beschreibung der Untreuehandlung. Der E nennt als Beispiel das pflichtwidrige Verfügen "über Mittel oder Gegenstände, die er (erg. Treunehmer) zur Besorgung solcher (Vermögens-)angelegenheiten ... erlangt". Er verwendet damit im Hinblick auf die Wendung "Vermögensstück des Auftraggebers" in § 266 a. F., und die Rechtsprechung zum "Individualanspruch" bewusst eine Formulierung nicht zivilrechtlich technischer Art, die lediglich auf die Herkunft der Mittel vom Treugeber, nicht aber auf die Art und Weise des Erlangens abstellt, und folglich auch auf Gegenstände zutrifft, die in das Eigentum des Täters gelangt sind. Wenn der E aber die Untreuehandlung so beschreibt, setzt er die Möglichkeit voraus, dass bezüglich solcher im Eigentum des Täters stehender Gegenstände die Treupflicht des § 263 besteht.

Der Gesichtspunkt der Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögen des Treugebers als ein Grundgedanke der Treubruchstheorie erhält durch das Erfordernis des Handelns für fremde Rechnung auch die notwendige Abgrenzung. Denn ein Handeln für fremde Rechnung liegt überall dort nicht vor, wo jemand in eigenem Interesse und für eigene Rechnung tätig werden kann. Dieses Erfordernis schliesst daher aus, eine schutzwürdige Treupflicht in all den Fällen anzunehmen, in denen Vermögensangelegenheiten eines anderen nur irgendwie berührt werden. Nur die Betrauung mit rechtsgeschäftlicher Tätigkeit in Fremdinteresse begründet als nach der Treubruchstheorie beachtliche Einwirkungsmöglichkeit, die durch § 263 erfasste Treupflicht.

Aus diesem Grund scheiden der Vorbehaltskäufer, der Sicherungsnehmer und der Sicherungsgeber, der im Besitz der Sache geblieben ist, als Täter der Untreue aus 1). Auch die Hingabe von Krediten, insbesondere die Vorleistung des Kaufpreises oder eines Baukostenzuschusses, begründet für den Empfänger keine Treupflicht. In all diesen Fällen eröffnet der Kreditgeber dem Kreditempfänger eine Rechtsstellung, die nachteilige Einwirkungen auf Vermögensinteressen des Kreditgebers ermöglicht, nicht zum Tätigwerden in fremdem, sondern im eigenem Interesse.

Aus den oben wiedergegebenen, in der amtlichen Begründung angeführten Beispielen ergibt sich auch, dass die Grenze zwischen eigennützigem und Handeln

1) Amtl. Begründung S. 402, Sp 1, unten, Sp 2, oben

im Fremdinteresse nur nach dem unmittelbaren Zweck des aufgetragenen Rechtsgeschäfts gezogen werden kann. Daher kann nicht etwa ein Handeln für fremde Rechnung deshalb verneint werden, weil der Treunehmer gegen Vergütung tätig wird.

3) Gemeinsames

Die Betreuung mit der Vermögensverwaltung oder der Besorgung von Vermögensangelegenheiten durch Vornahme von Rechtsgeschäften kann "kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts" bestehen. Damit ist die Grundlage der Betrauung angesprochen. Der E bringt insoweit keine Neuerung gegenüber § 266 StGB. Wesentlich ist nach der Treubruchstheorie nur das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses. Für dessen Schutzwürdigkeit begründet es keinen Unterschied, worauf es beruht.

Für die Unterscheidung der einzelnen Grundlagen ist wie bisher massgebend, worauf die Betrauung unmittelbar beruht. Fälle einer Betrauung "kraft Gesetzes" sind daher selten. In Betracht kommen etwa die Eltern als Verwalter des Kindesvermögens. "Kraft behördlichen Auftrags" sind die in § 263 Abs 1 Zi 1 lit b genannten Vermögensverwalter mit Ausnahme des Treuhänders und des vom Erblasser ernannten Testamentvollstreckers betraut. Ausserdem fallen hierunter auch alle Beamten, die rechtsgeschäftlich Vermögensangelegenheiten zu besorgen haben. Dies ergibt sich aus § 264 Zi 3 in Verbindung mit § 10 Zi 4 a. Als "Rechtsgeschäft", kraft dessen ein Vertrauensverhältnis begründet wird, kommen vor allem Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag und Dienstvertrag in Frage.

In jedem Fall kann Täter nur sein, wer mit den in § 263 bezeichneten Aufgaben und Befugnissen "betraut" ist. Damit stellt der E einmal klar, dass nur eine von einem anderen übertragene Einwirkungsmöglichkeit die geschützte Treupflicht begründet. Deshalb kann der Geschäftsführer ohne Auftrag, der ja von sich aus tätig wird, nicht Untreue begehen.

Zum anderen ist dem bewusst ausserhalb der zivilrechtlichen Begriffssprache gewählten Ausdruck zu entnehmen, dass die strafrechtlich geschützte Treupflicht weder von dem Bestehen oder der Gültigkeit einer zivilrechtlichen Verpflichtung noch davon abhängt, ob dem Täter wirksam Vertretungsmacht eingeräumt ist. Das erste ergibt sich daraus, dass die Wendung "betraut sein" lediglich die als Folge des Vertrauensaktes des Treugebers bestehende und durch diesen gekennzeichnete Vertrauensstellung des Treunehmers beschreibt. Allein aus dieser im Tatbestand umrissenen Vertrauensstellung entspringt nach Auffassung des E die Treupflicht des Treunehmers. Deshalb kann Untreue auch begehen, wer lediglich aus Gefälligkeit die rechtsgeschäftliche Besorgung von Vermögensangelegenheiten übernimmt 1).

1) Amtl. Begründung S. 402, Sp 2, 3. Absatz, unten

Dass eine Treupflicht auch besteht, wenn der Treugeber einen anderen zu rechtsgeschäftlicher Vermögensfürsorge bestellen wollte, aber nicht wirksam Vertretungsmacht erteilt hat, ergibt sich ebenfalls aus der Wendung "betraut sein" insofern, als diese auf den dem Treunehmer erkennbaren Willen des Treugebers, dem Treunehmer eine derartige Machtstellung einzuräumen, abstellt, nicht dagegen darauf, ob die Vertretungsmacht wirksam ist. Der E hat es jedoch, um Missverständnissen vorzubeugen, in Abs 3 auch ausdrücklich ausgesprochen. Allerdings ist der Wortlaut des Abs 3 undeutlich. Denn im Hinblick auf die Rspr zu § 266 a.F. könnte unter der der Betrauung "zugrundeliegenden Rechtshandlung" auch das obligatorische Rechtsgeschäft verstanden werden. Ein Unterschied zu den einschlägigen Formulierungen dieser Rspr besteht nur darin, dass der E statt von Rechtsgeschäften von Rechtshandlung spricht. Er meint damit die auf Erteilung der Vertretungsmacht gerichtete einseitige Rechtshandlung des Treugebers. Dies muss auf Grund der im übrigen hierzu ebenfalls schweigsamen amtlichen Begründung deshalb angenommen werden, weil diese auf ähnliche Vorschriften in §§ 14 Abs 2, 109 Abs 2 S. 3 und 120 des E verweist, und dort nur die Wirksamkeit der Vertretungsmacht gemeint sein kann 1).

Endlich stellt die Wendung "betraut sein" auch klar, dass für das Entstehen der Treupflicht entscheidend ist, ob der Täter nach dem Willen des Treugebers rechtsgeschäftlich für dessen Rechnung auftreten kann und soll, nicht dagegen, ob und wie er auftritt.

III. DIE UNTREUEHANDLUNG

Untreuehandlung ist für die Untreue nach § 263 Abs 1 und Abs 2 allgemein das pflichtwidrige Führen der übertragenen Verwaltung bzw. Aufsicht oder des sonst übertragenen Geschäfts.

Nach dem E kann somit wie schon bisher nach dem Treubruchstatbestand des § 266 Untreue durch Handlungen jeder Art, also durch rechtsgeschäftliche Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungen und durch tatsächliche Einwirkungen, aber auch durch Unterlassungen begangen werden. Als typisches Beispiel ungetreuen Verhaltens, das auch für Abs 1 zutrifft, nennt der E in Abs 2 das pflichtwidrige Verfügen über Mittel oder Gegenstände, die der Täter zur Besorgung der übertragenen Angelegenheit oder bei deren Erledigung erhält. Der E will damit vor allem deutlich machen, dass die Untreue auch an Gegenständen, und vor allem an Geld und Bankguthaben möglich ist, deren Eigentümer bzw. Gläubiger der Treunehmer geworden ist.

Der Täter muss die Verwaltung bzw. Aufsicht oder die übertrage-

1) Amtl. Begründung S. 403, Sp 1, 2. Absatz;

amtl. Begründung S. 121, Sp 1, 2. Absatz; S. 229, Sp 2, Mitte

nen Geschäfte pflichtwidrig führen. Damit hebt der E hervor, dass nur solche Handlungen als Untreue in Betracht kommen, die der Täter als Treueverpflichteter vornimmt, und die deshalb die Treupflicht betreffen.

Endlich setzt die Untreue die pflichtwidrige Erledigung der übertragenen Aufgabe voraus. Der E betont damit die Notwendigkeit, in jedem Fall schädigenden Verhaltens sorgfältig zu prüfen, ob die Handlung auch eine bestehende Treupflicht verletzt hat. Ob der Täter pflichtwidrig gehandelt hat, bemisst sich nach dem Inhalt des konkreten, zwischen Treugeber und Treunehmer bestehenden Treueverhältnisses.

Allgemein ergeben sich für die Frage der Pflichtwidrigkeit im konkreten Fall Unterschiede zwischen Abs 1 und Abs 2, wenn ein Interessenwiderstreit oder die Pflichtwidrigkeit einer Schädigung durch Unterlassen in Rede steht. Der Vermögensverwalter darf wegen seiner umfassenden Treupflicht bei einer Interessenkollision seine eigenen Interessen keinesfalls über die Erfüllung der Treupflicht stellen. Er muss vielmehr entweder im Interesse des Treugebers handeln oder für seine Ablösung sorgen. Ebenso gebietet ihm die umfassende Treupflicht im allgemeinen, das anvertraute Vermögen vor jedem Schaden zu bewahren, so dass jede Schädigung durch Unterlassen pflichtwidrig ist. Demgegenüber hat der Treunehmer des Abs 2 seine Interessen nur im Rahmen der bestehenden Treupflicht, also für den Bereich der zur Besorgung übertragenen Angelegenheiten gegenüber den Interessen des Treugebers zurückzustellen, und nur so weit die Treupflicht reicht, sind vermögensschädigende Unterlassungen pflichtwidrig.

IV. ERFOLG DER UNTREUE

Die pflichtwidrige Besorgung der übertragenen Angelegenheiten muss einen Vermögensnachteil verursachen. Der E weist durch seine Wortfassung darauf hin, dass nur solche Vermögensschädigungen tatbestandsmässig sind, die sich als Folge gerade des pflichtwidrigen Verhaltens des Täters darstellen. Andere Vermögensschädigungen bleiben deshalb ausser Betracht.

Der E verlangt weiter, dass der Nachteil "dem anderen" zugefügt sein muss, dessen Vermögen oder Vermögensangelegenheiten der Täter zu besorgen hat. Der Treuberechtigte und der Geschädigte müssen also identisch sein.

Zum Begriff des "Vermögensnachteils" selbst bringt der E keine Neuerung. Die amtliche Begründung heisst die bisherige Rspr zum Begriff des Vermögens und des Vermögensnachteils gut. Insbesondere kann ein Vermögensnachteil auch in einer den Vermögenswert mindernden Vermögensgefährdung bestehen ¹⁾. Unerwünschten Auswirkungen, die sich aus einer allzu grosszügigen Auslegung des Tatbestandsmerkmals Vermögensnachteil ergeben, begegnet der E durch strenge Anforderungen an den subjektiven Tatbestand.

1) Amtl. Begründung S. 402, Sp 1, oben; S. 391, Sp 2, 3. Absatz

V. SUBJEKTIVER TATBESTAND DER UNTREUE

1) Allgemeines

Gemeinsam für Abs 1 und Abs 2 verlangt der E bezüglich des pflichtwidrigen Führens der übertragenen Geschäfte keine besondere Schuldform. Für alle Tatbestandsmerkmale mit Ausnahme der Nachteilszufügung ist somit gemäss § 15 des E nur einfacher Vorsatz erforderlich. Demgemäss kann der Täter insoweit nach § 16 des E auch mit bedingtem Vorsatz handeln.

Im übrigen stellt der E in Abs 1 und Abs 2 unterschiedliche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand, weil nach seiner Auffassung, bedingt durch den verschiedenen Umfang der Treupflicht, in unterschiedlichem Ausmass nicht strafwürdige Pflichtverletzungen auszuschneiden sind.

2) § 263 Abs 1

Der Täter des Abs 1 muss hinsichtlich des Eintritts des Vermögensnachteils wissentlich oder absichtlich handeln. Er muss also entweder wissen oder als sicher vorhersehen, dass die Pflichtverletzung einen Nachteil zur Folge hat (§ 17 Abs 2), oder es muss ihm bei der Pflichtverletzung gerade auf die Nachteilszufügung ankommen (§ 17 Abs 1). Diese gesteigerten Anforderungen an den subjektiven Tatbestand sollen einmal die Bestrafung des Vermögensverwalters ausschliessen, der ein fehlgeschlagenes pflichtwidriges Risikogeschäft ausgeführt hat. Zum andern will der E damit die Bestrafung eines Handelns aus Nachlässigkeit vermeiden, bei dem der Vermögensverwalter weder schädigen wollte noch auch den Eintritt eines Schadens als sicher vorhersah. In diesen Fällen reicht nach Auffassung des E die zivilrechtliche Sanktion aus. Andererseits ist jede pflichtwidrige wissentliche oder absichtliche Schädigung durch den Vermögensverwalter strafwürdig, weil er auf Grund eines wegen der umfassenden Schädigungsmöglichkeit besonders schutzwürdigen Vertrauens handelt.

3) § 263 Abs 2

Pflichtwidriges Handeln nach Abs 2 ist nur dann strafbar, wenn der Täter dadurch entweder absichtlich einen Nachteil verursacht oder zwar nur wissentlich, aber in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern. Den Täter, der seinen Treugeber schädigen will, hält der E ohne Einschränkung für strafwürdig. Dagegen würde eine Bestrafung wegen nur wissentlicher Schädigung bei der pflichtwidrigen Besorgung einzelner Vermögensangelegenheiten nach Auffassung des E Fälle erfassen, in denen eine Bestrafung des Täters nicht angemessen ist, vielmehr der zivilrechtliche Schutz für den Treugeber ausreicht. Dies gilt insbesondere für Geschäftsbesorgungen, die aus Gefälligkeit übernommen werden, weil hier der Täter in einem lockeren und deshalb nur beschränkt strafrechtlich schutzwürdigen Treue-

verhältnis steht. Zum anderen erscheinen ohne das Dazutreten besonderer Umstände nach Meinung des E Schädigungen nicht strafwürdig, die aus Nachlässigkeit, Trägheit oder Bequemlichkeit begangen oder durch Unterlassen herbeigeführt werden, insbesondere, wenn der Täter in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis zum Treugeber steht. Alle diese Schädigungen sind nach dem E nur strafwürdig und damit strafbar, wenn sie in Bereicherungsabsicht begangen werden.

VI. STRAFE

Als Strafe ist in beiden Absätzen des § 263 Gefängnis bis zu drei Jahren oder Straftaft angedroht. Die Untreue untersteht damit demselben Grundstrafrahmen wie die anderen Vermögensdelikte Betrug, Diebstahl und Unterschlagung.

Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung bestimmt der E in § 240 Abs 1 dahin, dass die Bestrafung wegen Unterschlagung hinter einer solchen wegen Untreue zurücktritt.

VII. HAUS- UND FAMILIENUNTREUE

Gemäss § 263 Abs 4 sind die Bestimmungen über den Haus- und Familiendiebstahl auf die Untreue entsprechend anzuwenden. Danach wird die Untreue nur auf Antrag verfolgt, wenn durch sie ein Angehöriger oder der Vormund, Lehrherr oder Erzieher des Täters oder eine Person verletzt wird, mit der der Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt. Richtet sich die Untreue gegen einen Angehörigen, mit dem der Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt, und fällt der Schaden für den Verletzten nicht ins Gewicht, so kann das Gericht darüberhinaus gemäss §§ 263 Abs 4, 241 Abs 2 die Strafe nach seinem Ermessen mildern oder von Strafe absehen. War die Untreue unter den sonstigen Voraussetzungen des § 241 Abs 2 gegen den Ehegatten begangen, so ist der Täter straffrei.

Der E geht davon aus, dass die Gründe, die zur Vorschrift des § 241 bei Diebstahl und Unterschlagung geführt haben, in gleicher Weise für die Untreue zutreffen, die der Täter gegen eine der in § 241 aufgeführten Personen begeht. Hier wie dort soll es dem Verletzten grundsätzlich überlassen bleiben, ob der Täter bestraft werden soll. Andererseits soll auch bei der Untreue ausgeschlossen sein, dass der zum Täter in einem besonders nahen Verhältnis stehende Verletzte Strafantrag stellt, und damit eine Bestrafung herbeiführen könnte, die durch die Tat nicht unbedingt erfordert wird, aber den Bestand der nahen Bindungen, insbesondere der Ehe, gefährden würde.

VIII. § 264 - BESONDERS SCHWERER FALL

§ 264 erhöht für besonders schwere Fälle der Untreue die Mindeststrafe auf sechs Monate Gefängnis. Es handelt sich dabei um einen ungenannten Strafschärungsgrund. Denn die in den Nummern 1 bis 3 angeführten Umstände sind nur Beispiele. Dies ergibt sich daraus, dass § 264 zunächst allgemein von besonders schweren Fällen spricht. Die Beispiele verpflichten im übrigen zur Annahme eines besonders schweren Falles nur "in der Regel" d. h. wenn nicht die Umstände des Einzelfalles trotz Vorliegen eines der Beispiele eine andere Beurteilung verlangen.

Als Regelbeispiel nennt der E in Nr 1 Handeln aus Gewinnsucht, also im Sinne der bisherigen Rspr zu diesem Begriff ein Handeln aus übersteigertem ungesunden Streben nach Gewinn um jeden Preis. § 264 Nr 2 bringt als weiteres Beispiel, dass der Täter den Verletzten in wirtschaftliche Bedrängnis bringt. Damit bestimmt der E den Schaden konkret nach den Verhältnissen des Verletzten und beschränkt ihn zudem durch das Erfordernis, dass der Verletzte wirtschaftlich bedrängt sein muss. Nach Nr 3 liegt ein besonders schwerer Fall vor, wenn der Täter seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger in Bereicherungsabsicht missbraucht. Der Begriff des Amtsträgers ist in § 10 Nr 4 des E definiert. Mit Befugnissen bezeichnet der E die Rechtsstellung, die unmittelbar in dem Amt wurzelt. Demgegenüber ist unter "Stellung" des Amtsträgers die Betrauung mit den in § 263 Abs 1 und 2 bezeichneten Angelegenheiten gemeint, die nicht in dem Amt, sondern auf anderer Grundlage, etwa Rechtsgeschäft beruht, aber mit Rücksicht auf die Eigenschaft als Amtsträger erfolgt ist. Hierunter fällt insbesondere die Mitgliedschaft eines Beamten als solchen im Vorstand oder Aufsichtsrat einer juristischen Person.

B. EINFLUSS DER RECHTSPRECHUNG

I. ALLGEMEINES

Nachdem die Rspr zur Untreue und der Inhalt der Untreuebestimmungen des E dargelegt sind, ist nun die Frage eines Einflusses der Rspr auf die Gestaltung dieser Untreuebestimmungen zu beantworten.

Streng genommen könnte ein Einfluss der Rspr nur bejaht werden, wenn ausser der Übereinstimmung der E mit Rsprgrundsätzen jeweils im Einzelfall auch nachgewiesen wäre, dass der E gerade im Hinblick auf die Rspr eine bestimmte Regelung enthält. Dieser Nachweis liesse sich nur insoweit führen, als die amtliche Begründung ausdrücklich auf die Rspr Bezug nimmt. Solch strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen, würde jedoch dem Sinn dieser Untersuchung nicht gerecht. Denn es geht nicht darum, die Autorschaft der Rspr für Lösungen des E zu klären, sondern festzustellen, inwieweit der E Konsequenzen aus den Erfahrun-

gen und Anregungen der Rspr gezogen hat. Ausserdem wäre ein so enges Verständnis der Frage nach dem Einfluss der Rspr auch im Hinblick auf die begrenzten Möglichkeiten der Rspr, den E mitzubestimmen, verfehlt. Denn die Rspr kann für Neuerungen immer nur auf dem Umweg über Vorschläge von anderer Seite wirksam werden. Würde man einen Einfluss nur bei Nachweis der Kausalität im Einzelfall annehmen, so hinge die Beantwortung der Frage davon ab, ob die Berücksichtigung der Rspr zufällig erwähnt ist oder nicht. Tatsächlich werden aber die Erfahrungen der Rspr bei Reformen immer bedacht.

Die Untersuchungen dieser Arbeit beruhen daher auf der Voraussetzung, dass Reformvorschläge in Wechselwirkung zwischen Rechtslehre und Rspr entstehen, und dass aus diesem Grund ein Übereinstimmen des E mit Rsprgrundsätzen nicht zufällig, sondern von der Rspr zumindest mitbestimmt ist. Ein Einfluss der Rspr auf die Gestaltung der Untreuebestimmungen des E wird daher insoweit bejaht, als der E mit Rsprgrundsätzen übereinstimmt, ohne dass es darauf ankäme, ob sich der E ausdrücklich auf die Rspr beruft.

II. WESEN DER UNTREUE

Die den Untreuebestimmungen des E zugrunde liegende Auffassung vom Wesen der Untreue als Verletzung besonders schutzwürdiger Treupflichten entspricht der Erkenntnis, zu der die Rspr von verschiedenen Ausgangspunkten aus übereinstimmend gelangt ist.

Die Rspr zu § 266 a. F., insbesondere zur Bevollmächtigtenuntreue, die sich zur Bewältigung ihrer Aufgaben überhaupt erst eine Überzeugung vom Wesen der Untreue bilden musste, vertrat entschieden die Treubruchstheorie. Wo sie in einzelnen Entscheidungen vom Missbrauch der Befugnisse sprach, gebrauchte sie diese Wendung niemals im Sinne der Missbrauchstheorie, sondern stets bezogen auf die umfassenden Schädigungsmöglichkeiten nicht nur rechtsgeschäftlicher Art, die nach ihrer Auffassung das in § 266 geschützte Vertrauensverhältnis begründeten. Darüber hinaus hielt sie bei der von § 266 her gesehen notwendigen Ausdehnung stets daran fest, dass nur besonders gekennzeichnete Treuepflichten schutzwürdig seien. Dass sie die Begrenzung der schutzwürdigen Treuepflichten nicht nur wegen des Wortlauts des § 266 a. F. für erforderlich hielt, ergibt die Rspr zu § 266 n. F. Diese war vom Gesetzgeber an sich der Notwendigkeit enthoben, zum Wesen der Untreue Stellung zu nehmen. Doch lässt sich auch aus dieser Rspr eine deutliche Tendenz zur eingeschränkten Treubruchstheorie erkennen. Die unbedeutende Rolle, die der Missbrauchstatbestand in der Rspr spielte, deutet auf die Erfahrung der Rspr hin, dass die im Missbrauchstatbestand verkörperte Missbrauchstheorie praktischen Bedürfnissen nicht gerecht wird, weil sie die strafwürdige Untreue nicht in ihren tatsächlich überwiegenden Erscheinungsformen beschreibt. Die gegenteilige Erfahrung der Rspr für die Treubruchstheorie ist aus der überwiegenden Anwendung des

Treubruchtatbestandes zu entnehmen. Die Rspr zu § 266 2. Alt. hat darüber hinaus immer wieder ausgesprochen, dass nur Treupflichten gegen Untreue geschützt seien. Endlich ist diese Rspr gekennzeichnet durch das dauernde Bemühen, Merkmale zur Bestimmung der besonderen und darum schutzwürdigen Treupflichten zu finden.

III. TÄTER DER UNTREUE

Für die Frage des Einflusses der Rspr auf die Beschreibung des Untreuesubjekts im E wird grundsätzlich auf § 263 Abs 2 des E abgestellt. Denn er regelt den Bereich, in dem die Untreue problematisch ist. Ausserdem stellt Abs 1 hinsichtlich der Täterbeschreibung nur einen Unterfall des Abs 2 dar, so dass alles für Abs 2 Gesagte in gleicher Weise auf Abs 1 zutrifft.

Der E ist nach Tendenz und Einzellosung im wesentlichen der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue und zum Treubruchtatbestand gefolgt. Seine Konzeption, wonach Täter der Untreue nur sein kann, wenn besonders schutzwürdige Treupflichten obliegen, gibt in etwa den Schnittpunkt der gegenläufigen Bestrebungen der Rspr wieder. Die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue hielt bei ihrer ausdehnenden Auslegung des Begriffs des Bevollmächtigten, bzw. der durch die Untreue geschützten Treupflichten stets daran fest, dass nur Treupflichten aus besonders schutzwürdigen Vertrauensverhältnissen zum tauglichen Täter der Untreue machen können. Umgekehrt ist die Rspr zum Treubruchtatbestand seit Inkrafttreten des § 266 n. F. bemüht, das seinem Wortlaut nach zu weit geratene Tatbestandsmerkmal "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" einzuschränken und nur auf besonders gewichtige Treupflichten anzuwenden.

Bei der Beschreibung des Täterkreises im einzelnen hat der E beinahe ausnahmslos die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue übernommen. Wie diese hat auch der E nicht die durch die Untreuebestimmung geschützte Treupflicht in den Tatbestand aufgenommen, sondern das besondere Vertrauensverhältnis gekennzeichnet, aus dem die Treupflicht entspringt. Dabei hat er fast wörtlich die Merkmale gebraucht, die das RG zum Begriff des Bevollmächtigten entwickelt hatte.

Auch das RG sah den Ursprung und das besondere Kennzeichen des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses darin, dass der Täter zu rechtsgeschäftlicher Vertretung für einen anderen bestellt war. Diese dem Täter eingeräumte Rechtsmacht und die dadurch bedingte Möglichkeit zu rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Schädigung des anvertrauten Vermögens war nach Auffassung des RG das wesentliche, allen Untreuetätern gemeinsame Merkmal. Es hat daher wiederholt ausgesprochen, dass die Übertragung mechanischer Tätigkeit nicht zum Bevollmächtigten mache. Selbst die Bestellung zu Tätigkeiten, die in irgendeiner Weise Rechtsfolgen auslösten, konnte das schutzwürdige Vertrauensverhältnis nicht begründen. Darum schieden nach der Rspr Personen, die Relikte vornehmen oder als Boten

oder Agenten Willenserklärungen eines anderen übermitteln oder vermitteln sollten, für die Untreue aus. Von dem Erfordernis, dass dem Bevollmächtigten die Vornahme von Rechtsgeschäften übertragen sein müsse, ging das RG lediglich in einer späten Entscheidung zur Untreue des Gerichtsvollziehers ab. Dort liess es genügen, dass dem Täter die Vornahme von "Handlungen im Rechtssinn" übertragen sei. Mit dieser einmaligen Abweichung wollte das RG aber nicht den Begriff des Bevollmächtigten allgemein ausdehnen, sondern lediglich die Bestrafung des Gerichtsvollziehers wegen Untreue mit einer neuen Begründung untermauern, nachdem sich im Zivilrecht zur Stellung des Gerichtsvollziehers die öffentlich-rechtliche Theorie durchgesetzt hatte.

Soweit das RG im übrigen Beamte als Bevollmächtigte ansprach, bei denen zweifelhaft war, ob sie rechtsgeschäftliche Tätigkeit vorzunehmen hatten, wollte es nicht vom Erfordernis rechtsgeschäftlicher Tätigkeit abgehen, seine Auffassung beruhte vielmehr auf der zu dieser Zeit noch wenig ausgeprägten Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Ein echter Unterschied zwischen der Rspr und dem E besteht auch nicht darin, dass das RG unter Rechtsgeschäften, deren Vornahme dem Bevollmächtigten übertragen sein musste, nur Verfügungen, nicht aber Verpflichtungsgeschäfte verstand. Die Auffassung des RG war durch den Tatbestand des § 266 a. F. bedingt. Da nach diesem die Untreuehandlung nur in einer Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers bestehen konnte, und durch diese Handlung eine Treupflicht verletzt werden musste, interessierte die Rspr nur, ob dem Bevollmächtigten auch die Vornahme von Verfügungen übertragen war.

Wie der E hielt auch die Rspr die Übertragung der Vornahme von Rechtsgeschäften wegen der damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeit auf fremde Vermögensinteressen für wesentlich. Daher machte es nach stündiger Rspr keinen Unterschied, ob der Täter im fremden Namen oder im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handeln sollte.

Im Gegensatz zum E zog die Rspr aber aus der Notwendigkeit eines Handelns für fremde Rechnung nicht die Konsequenz, dass damit jedes Handeln ausscheidet, bei dem unmittelbar eigene Interessen im Spiel sind. Das RG sah vielmehr auch denjenigen als Bevollmächtigten an, dem eine Forderung oder Hypothek zur Sicherung abgetreten war. Es nahm damit umgekehrt ein Handeln für fremde Rechnung immer schon dann an, wenn durch ein Rechtsgeschäft auch fremde Interessen berührt wurden.

Das Erfordernis des E, der Täter müsse Vermögensangelegenheiten durch Vornahme von Rechtsgeschäften besorgen, geht insofern auf die Rspr zurück, als diese im Anschluss an den Tatbestand des § 266 a. F. verlangte, dass der Täter über Vermögensstücke des Auftraggebers verfügen müsse. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten konnte sich auch nach der Rspr zuletzt auch auf Vermögen beziehen, das dem Täter formell übertragen war. Zunächst hatte das RG in solchen Fällen lange Zeit wegen des Wortlauts des § 266 a. F. nicht Untreue angenommen;

aber nur deshalb, weil keine taugliche Untreuehandlung vorlag, nicht etwa, weil es die Bevollmächtigteneigenschaft des Täters verneinte.

Die Möglichkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung eines anderen begründete auch nach der Rspr nur dann die geschützte Treupflicht, wenn diese Möglichkeit dem Täter durch den Vertrauensakt eines anderen übertragen war. Das Tatbestandsmerkmal "betraut" des E geht auf die Rspr zurück, die für die Bevollmächtigteneigenschaft stets ein Vertrauensverhältnis zwischen zwei Personen verlangte, kraft dessen die eine Person zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des anderen bestellt war. Auch nach der Rspr konnte deshalb der Geschäftsführer ohne Auftrag oder derjenige, der kraft der Bestimmungen über den Gutgläubensschutz tätig wurde, nicht Bevollmächtigter sein. Eine scheinbare Ausnahme machte das RG nur in den Fällen, in denen der wirksam zum Bevollmächtigten bestellte Täter nach Widerruf der Vollmacht kraft Rechtsscheins wirksam verfügen konnte. Auch dort war die Rechtsstellung des Bevollmächtigten aber Ausfluss des durch die zunächst wirksame Bestellung begründeten Vertrauensverhältnisses.

Auch die im E niedergelegte tatsächliche Treubruchstheorie beruht zum Teil auf der Rspr. Diese hielt ständig daran fest, dass die strafrechtlich geschützte Treupflicht kein zivilrechtlich gültiges Innenverhältnis voraussetze. Sie brachte das mit der Wendung zum Ausdruck, der Täter müsse die in der Natur des Vertrauensverhältnisses begründete rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit der Verfügung haben. Als tatsächliche Möglichkeit zur Verfügung bezeichnete sie das Vorhandensein von Vertretungsmacht, deren Ausübung nicht durch obligatorische Beziehungen zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigtem geregelt war. Allerdings hatte die Rspr nur Fälle zu entscheiden, in denen rechtliche Bindungen vorgesehen, aber etwa wegen Sittenwidrigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht gültig zustande gekommen waren. Dagegen hatte sie sich mit Geschäftsbesorgungen aus Gefälligkeit nicht zu befassen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass das RG das Bestehen einer strafrechtlich geschützten Treuepflicht auf solcher Grundlage nicht für möglich hielt. Denn auch Geschäftsbesorgungen aus Gefälligkeit lassen sich mühelos dem vom RG entwickelten Bevollmächtigtenbegriff unterordnen.

Im Gegensatz zum E verlangte die Rspr jedoch, dass dem Bevollmächtigten die Rechtsmacht zu rechtsgeschäftlichem Handeln für Rechnung des Auftraggebers wirksam eingeräumt war. Sie verstand das Vertrauensverhältnis nicht in dem Mass subjektiv wie der E, der dem Willen des Betrauenden ausschlaggebende Bedeutung beimisst. Nach ihrer Auffassung hing die Entstehung des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses primär von der wirksamen Übertragung der Rechtsmacht zu rechtsgeschäftlichem Handeln und der dadurch bedingten Schädigungsmöglichkeit ab. Mit dem Erfordernis eines Vertrauensaktes sollten lediglich solche Fälle ausgeschlossen werden, in denen die Rechtsmacht nicht als Ausfluss eines Vertrauenserweises vermutet werden konnte.

Die Rspr zur Untreue in den Fällen, in denen der Täter nach Erlöschen der

Vertretungsmacht noch ungetreu über Gegenstände verfügte, bildet davon keine Ausnahme. Sie betraf nicht die Frage der Begründung, sondern die Frage des Umfangs der Treupflicht. Das RG ging hier davon aus, dass das wirksam begründete Vertrauensverhältnis nach seiner Entstehung von dem weiteren Vorhandensein wirksamer Vertretungsmacht insofern unabhängig wurde, als es auch nach Widerruf der Vollmacht noch bis zur Erfüllung der Pflicht zur Rückgabe von Gegenständen an den Auftraggeber weiter bestand, die der Bevollmächtigte vom Auftraggeber oder für diesen empfangen hatte.

Ein möglicher Unterschied zwischen der Untreue im E und der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue besteht weiter noch insofern, als die Rspr zur Begründung der Bevollmächtigteneigenschaft in einigen Entscheidungen auch einen Vertrauensakt genügen liess, der nicht mit der Bevollmächtigung des Täters verbunden war, sondern diesem nur ermöglichte, von seiner aus anderem Grund vorhandenen Rechtsmacht zur Vertretung des Auftraggebers Gebrauch zu machen. Es waren dies die Fälle des Unterbevollmächtigten im Verhältnis zum Geschäftsherrn seines unmittelbaren Vollmachtgebers, des Prokuristen einer Bank im Verhältnis zu Bankkunden und des Geschäftsführers einer GmbH im Verhältnis zum Auftraggeber der GmbH. Ob auch diese Fälle von § 263 des E erfasst werden sollen, lässt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Denn die amtliche Begründung nimmt zu dieser Frage nicht Stellung. Zweifel könnten wegen des Erfordernisses des Handelns für fremde Rechnung entstehen, da die solchermassen Betrauten in erster Linie für Rechnung desjenigen zu handeln haben, der ihnen auch die Vertretungsmacht übertragen hat, also z. B. für Rechnung der Bank und der GmbH. Man wird jedoch § 263 hier auch für das Verhältnis des Betrauten zu demjenigen annehmen müssen, dessen Interessen der Betraute mit zu berücksichtigen hat, weil § 263 nur eine Grenze zwischen Eigeninteresse des Täters und einem von ihm wahrzunehmenden Fremdinteresse, nicht aber zwischen verschiedenen Fremdinteressen ziehen will.

Für die Regelung der Grundlage der Betrauung hat die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue nur mittelbaren Einfluss auf den E. Die Rspr zu § 266 a. F. hat vom Begriff des Bevollmächtigten im damaligen zivilrechtlich technischen Sinn ausgehend einseitig die Rechtsmacht zu rechtsgeschäftlichem Handel für fremde Rechnung als notwendiges Merkmal des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses herausgestellt. Wo diese Rechtsmacht bestand, bejahte sie die Bevollmächtigteneigenschaft. Aus diesem Grund hat sie der Betrauung kraft Rechtsgeschäfts auch die Bestellung zu rechtsgeschäftlichem Handeln kraft Gesetzes oder behördlichen Auftrags gleichgestellt. Diese Erkenntnis der Rspr ist aber schon in den Treubruchstatbestand des § 266 aufgenommen worden und hat auf diesem Umweg den E beeinflusst.

Die Rspr zum Treubruchstatbestand hat den E nicht in gleichem Mass beeinflusst. Der E hat ihr im wesentlichen nur die Notwendigkeit entnommen, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auf besondere Treupflichten zu beschränken sei. Die Rspr hat wiederholt ausgesprochen, dass nur Treupflich-

ten gegen Untreue geschützt seien. Sie hat vor allem immer wieder darauf hingewiesen, dass die bloße Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen, die allgemeine Pflicht aus § 242 BGB und die danach einem Vertrag innewohnenden Nebenpflichten noch keine schutzwürdigen Treupflichten darstellten, auch wenn sie Vermögensinteressen des Vertragsgegners beträfen. Insbesondere macht nach ihrer Auffassung auch der das Arbeitsrecht in besonderem Masse beherrschende Treuegedanke die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht allein deshalb zu schutzwürdigen Treupflichten. Desgleichen ist nach Ansicht der Rspr die allgemeine Treupflicht der Beamten gegenüber ihrem Dienstherrn als solche nicht gegen Untreue geschützt. Sie verlangte vielmehr stets, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ihrem Wesen nach eine Treupflicht bzw. wesentlicher Inhalt des Vertrages sein müsse, durch den sie begründet wurde.

Eine solche, schutzwürdige Treupflicht wurde nach der Rspr nur durch besondere Umstände begründet. Wie der E stellte sie dabei vor allem auf die dem Treunehmer übertragene Tätigkeit ab, bei der es sich um "Vorgänge von einigem Gewicht" handeln musste. Denn auch sie verstand die Treupflicht als Ausfluss besonderen Vertrauens des Treugebers, nicht etwa ging sie von sittlichen Erwägungen aus.

Bei der Bewertung dieser besonderen Umstände, insbesondere der Art der übertragenen Tätigkeit ist der E der Rspr nicht gefolgt. Die Rspr hat in ihrem Bemühen, die schutzwürdigen Treupflichten abzugrenzen, zwar einige Erfordernisse dafür aufgestellt, wie die dem Treunehmer übertragene Tätigkeit beschaffen sein müsse, sie konnte sich aber nicht dazu durchringen, die erarbeiteten Merkmale als notwendige Voraussetzung für die Annahme einer schutzwürdigen Treupflicht anzusehen. Vielmehr betrachtete sie diese Merkmale lediglich als Anhaltspunkte, die auf das Vorliegen einer Treupflicht hindeuteten. Ob eine solche im Einzelfall anzunehmen war, entschied sie unter Abwägung aller konkreten Umstände.

Der E ist, indem er das schutzwürdige Vertrauensverhältnis durch Tatbestandsmerkmale genau beschreibt, von der Rspr zum Treubruchstatbestand allenfalls insofern negativ beeinflusst worden, als ihm die Ergebnisse der Rspr zeigten, dass auf dem von der Rspr beschrittenen Weg eine befriedigende, praktisch brauchbare Begrenzung der schutzwürdigen Treupflichten nicht zu erreichen war.

Die Beschreibung des Vertrauensverhältnisses im einzelnen hat die Rspr dadurch beeinflusst, dass sie wiederholt formulierte, die Übertragung mechanischer Tätigkeiten begründe in der Regel keine strafrechtliche Treupflicht. Die amtliche Begründung der E beruft sich auf diese Wendung für die Notwendigkeit, dass der Täter der Untreue rechtsgeschäftlich tätig werden müsse. In Wirklichkeit ist jedoch sehr fraglich, ob die Rspr den Begriff "mechanische Tätigkeiten" noch im Sinne der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue als Gegensatz zu rechtsgeschäftlichem Handeln verstand. Auch daneben beschrieb sie die übertragene Tätigkeit mit Formulierungen, die sich nicht notwendig mit rechtsgeschäftlichem Handeln deckten,

So wollte sie die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge aus dem Bereich der Untreue ausscheiden, und hielt solche Pflichten regelmässig für Treupflichten, zu deren Erledigung dem Täter ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit eingeräumt war. Insoweit war dem E also nur die Richtung vorgegeben, in der er Tatbestandsmerkmale für die Beschreibung des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses gefunden hat.

Auch der von der Rspr viel gebrauchte Gesichtspunkt, die Treupflicht müsse der wesentliche und typische Inhalt des sie begründenden Rechtsverhältnisses sein, hat den E nur bedingt beeinflusst. Er geht in etwa auf das vom E mit dem Erfordernis des Handelns für fremde Rechnung verlangte Tätigwerden ausschliesslich im Fremdinteresse. Im Gegensatz zum E genügte nach der Rspr jedoch, dass die Vermögenssorgepflicht eine wesentliche Verpflichtung neben anderen war. Die Rspr hat aus diesem Grund einen wichtigen Anwendungsbereich der Untreue gerade in Fällen gesehen, die der E ausdrücklich nicht der Untreue unterstellt. So bejahte sie die Möglichkeit ungetreuen Verhaltens für den Verkäufer und Vermieter, die durch Vorleistungen ihres Vertragspartners erst in die Lage versetzt wurden, ihrerseits ihre Verpflichtungen zu erfüllen. Ebenso konnte nach der Rspr der Sicherungsnehmer je nach Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zum Sicherungsgeber Untreue begehen.

Die Rspr zu § 266 Abs 1 Nr 1 und Nr 3 und zum Missbrauchstatbestand war für die Täterbeschreibung des E ohne Einfluss. Denn sie hat sich darauf beschränkt, in einigen Entscheidungen den eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmungen auszulegen. Daher konnte sie für anderweitige Regelungen nicht fruchtbar werden.

IV. UNTREUEHANDLUNG

Die Beschreibung der Untreuehandlung hat der E im Sinn unverändert vom Treubruchstatbestand des § 266 übernommen. Die Rspr zum Treubruchstatbestand hat sich nur in wenigen Entscheidungen damit befasst und sich darauf beschränkt, den klaren Wortlaut zu interpretieren. Ein Bedürfnis, das taugliche Handeln einzuschränken, hat sich in der Rspr nicht gezeigt. Von einem Einfluss der Rspr kann daher hier allenfalls insofern gesprochen werden, als die positiven Erfahrungen der Rspr mit der uneingeschränkten Untreuehandlung den E darin bestärkt haben, diese Regelung beizubehalten. Ebenso hat der E die notwendigen Folgerungen aus der geringen praktischen Bedeutung des Missbrauchstatbestandes in der Rspr gezogen, und diesen Tatbestand fallen lassen, weil er die tatsächlichen Erscheinungsformen des strafwürdigen ungetreuen Verhaltens nur ungenügend erfasste.

Die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue hat den E nur mittelbar über § 266 n.F. beeinflusst. Ihre Erkenntnisse sind gleichwohl für den E sehr wichtig, weil sie einen wesentlichen Bestandteil der vom E übernommenen eingeschränkten Treubruchstheorie darstellten. Ausserdem sind die Erfahrungen dieser Rspr für den

E besonders instruktiv, da sie in der Auseinandersetzung mit der in § 266 a.F. unzulänglich beschriebenen Untreuehandlung erwachsen sind.

Die Rspr hat den E einmal durch ihre Auffassung beeinflusst, dass Untreue als Treupflichtverletzung durch Verhalten jeder Art - Pflichtwidrigkeit und Nachteilszufügung vorausgesetzt - begangen werden kann. Diese Ansicht erhellt aus dem Bemühen der Rspr, in den Grenzen des Möglichen ungetreues Verhalten jeder Art der "Verfügung über Vermögensstücke" einzuordnen. Aus diesem Grund hat sie den Begriff des Vermögensstücks, das sie seinem Wortsinn entsprechend als Teil des Vermögens verstand, dadurch ausgedehnt, dass sie das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn begriff. Damit konnte sie nicht nur Gegenstände mit rechtlich selbständiger Bedeutung, sondern auch andere als Vermögensstücke ansprechen, wenn sie nur selbständig einen gewissen Wert besaßen. Insbesondere entsprang diesem Bemühen nach Ausweitung der tatbestandsmässigen Untreuehandlung die extensive Auslegung des Begriffs der Verfügung selbst. Die Rspr verstand darunter nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern zunächst bei Sachen, später auch bei Forderungen auch tatsächliche Verfügungen. Ebenso konnte nach ihrer Ansicht die Verfügung auch in einer Unterlassung bestehen. Darüber hinaus versuchte sie in den krassesten Fällen, z.B. bei ungetreuer Kreditgewährung, auch ungetreue Verpflichtungsgeschäfte mit der Untreuebestimmung zu erfassen. Verpflichtungsgeschäfte konnten an sich den Tatbestand des § 266 Abs 1 Zi 2 nicht erfüllen, weil sie nicht ein konkretes Vermögensstück, sondern das ganze Vermögen des Auftraggebers betrafen. Andererseits brachten Verfügungen, mit denen der Bevollmächtigte solche ungetreu eingegangenen Verpflichtungen erfüllte, dem Auftraggeber keinen Nachteil, weil dadurch die Verbindlichkeit erlosch. Das RG kam dennoch in einigen Entscheidungen zur Bestrafung wegen Untreue, indem es den Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und die Vornahme der Verfügung zu einer einheitlichen Handlung zusammenzog und die Verpflichtung nur als Mittel zum Zweck der ungetreuen Verfügung erklärte.

Zum anderen hat der E der Rspr die Einsicht entnommen, dass für die Untreue, die sich ihrem Wesen nach als Treupflichtverletzung darstellt, aus diesem Grund nur die Verletzung strafrechtlich geschützter Treupflichten, nicht aber die Beeinträchtigung der dinglichen Rechtsstellung des Treugebers als solche interessiert, und dass deshalb Untreue auch an Gegenständen möglich ist, die dem Treunnehmer formell zustehen, hinsichtlich deren Verwendung er jedoch durch eine Treupflicht gebunden ist.

Die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue konnte dieser Einsicht, solange sie die Treupflicht des Bevollmächtigten noch nicht als Vermögensstück des Auftraggebers betrachtete, nur auf Umwegen folgen. Diesem Ziel diente die grosszügige Anwendung des Tatbestandsmerkmals "Nachteil" auch auf Vermögensgefährdungen und teilweise gewagte zivilrechtliche Konstruktionen.

Unter dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung als Nachteil konnte die Rspr Bevollmächtigte wegen Untreue belangen, die über Vermögensstücke des Auf-

traggebers, die ihnen zur Verfügung für Rechnung des Auftraggebers übertragen waren, stattdessen im eigenen Namen und für eigene Rechnung verfügten. Hätte sie den wirklichen Eintritt eines Nachteils abwarten müssen, der in der Nichtherausgabe des Erlöses für die dolose Verfügung bestand, so wäre eine Bestrafung von vornherein dolos handelnder Bevollmächtigter nicht in Betracht gekommen, weil sie Eigentümer der Gegenleistung wurden.

Mit Hilfe zivilrechtlicher Konstruktionen suchte das RG von der Treubruchstheorie her gesehen "zufälligen" Rechtserwerb des Bevollmächtigten auszuschliessen und stattdessen die Zivilrechtslage in Übereinstimmung mit den bestehenden Treuepflichten zu bringen. So deutete sie gelegentlich die formelle Übertragung von Gegenständen in eine Ermächtigung um, mit der Folge, dass die dem Bevollmächtigten vom Auftraggeber übertragenen Gegenstände Eigentum des Auftraggebers und damit der Untreue zugänglich blieben. Insbesondere verwandte sie die Konstruktion des Geschäfts, wen es angeht, und des antezipierten oder vom Bevollmächtigten durch Insiggeschäft vereinbarten Besitzkonstituts, um einen Eigentumserwerb des als verdeckter Stellvertreter handelnden Bevollmächtigten an der Gegenleistung aus dem auftragsgemäss ausgeführten Geschäft auszuschliessen, so dass die Nichtablieferung der Gegenleistung auch nach § 266 a.F. Untreue darstellte. In den Zusammenhang dieser Bemühungen gehört endlich die Auffassung des RG, dass der Bevollmächtigte den empfangenen Erlös grundsätzlich als Stückschuld herauszugeben habe, und demzufolge eine Vermischung des empfangenen Geldes mit eigenem Untreue sei.

Darüber hinaus ist der Rspr zuletzt mit Hilfe des Gesichtspunkts des wirtschaftlichen Vermögens bzw. des Individualanspruchs gelungen, auch unter Geltung des § 266 Abs 1 Zi 2 von zivilrechtlichen Zufälligkeiten für die Beurteilung ungetreuen Verfügens als Untreue loszukommen. Nachdem sie auch für Forderungen die Möglichkeit einer Verfügung durch tatsächliche Einwirkung bejaht hatte, konnte sie auch die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten bzw. dessen Treupflicht, das zur Besorgung des Auftrags oder aus dessen Erledigung Erhaltene an den Auftraggeber herauszugeben, als ein der Untreue zugängliches Vermögensstück des Auftraggebers berücksichtigen. Verfügte der Bevollmächtigte über solche Gegenstände oder Mittel entgegen der Verpflichtung, sie im Interesse des Auftraggebers zu verwenden oder an diesen herauszugeben, so beging er Untreue, gleichgültig, ob die Mittel in sein Eigentum gelangt oder im Eigentum des Auftraggebers geblieben waren. Denn seine Verfügung über das Erlangte beurteilte die Rspr nun als tatsächliche Einwirkung und damit als Verfügung über den Anspruch des Auftraggebers auf auftragsgemässe Verwendung des Erlangten. Die von der Rspr theoretisch verlangte, aber praktisch kaum beachtete Einschränkung, bei der Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten müsse es sich um einen Individualanspruch handeln, d.h. einen Anspruch auf Verwendung bestimmter Gegenstände im Gegensatz zu einer bloss rechnerisch zu bestimmenden Forderung, war durch die Fassung des § 266 Abs 1 Zi 2 bedingt. Die Rspr verlangte einen Individual-

anspruch, weil sie davon ausging, dass eine rein rechnerisch zu bestimmende Forderung durch tatsächliche Handlungen nicht beeinträchtigt, über sie also nicht "verfügt" werden könne. Dass das RG diese Einschränkung nicht als ein sich aus dem Wesen der Untreue ergebendes Erfordernis betrachtete, erhellt aus der wenig kleinlichen Anwendung des Begriffs des Individualanspruchs.

Der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit war, soweit ihm nach Auffassung der Rspr neben dem Individualanspruch überhaupt selbständige Bedeutung zukommen sollte, nur in der Konstruktion vom Individualanspruch verschieden, stimmte aber in Ziel und Ergebnis mit ihm überein.

Der E hat diese zuletzt genannten Ergebnisse der Rspr, die Lehre von der wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit und den Individualanspruch, sinngemäss als typisches Beispiel pflichtwidrigen Führens der übertragenen Geschäfte in den Tatbestand aufgenommen und ist somit auch hier von der Rspr wesentlich beeinflusst.

V. DIE PFLICHTWIDRIGKEIT

Das Tatbestandsmerkmal des E, dass die Untreuehandlung pflichtwidrig sein müsse, geht ebenfalls mittelbar über die Pflichtverletzung des Treubruchstatbestands des § 266 auf die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue zurück. Diese hatte immer wieder ausgesprochen, dass die Untreue ihrem Wesen nach Treupflichtverletzung sei. Darüberhinaus hat sie auch gefordert, die Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung in jedem Einzelfall zu prüfen, und somit die Pflichtwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal betrachtet.

Auf die Erfahrungen der Rspr zu § 266 Abs 1 Zi 1 und 2 bezieht sich auch die Erkenntnis des E, dass sich für die Behandlung der Frage eines Widerstreits eigener Interessen des Trenehmers mit solchen des Treugebers unterschiedliche Folgerungen ergeben, je nachdem der Treunehmer einzelne Vermögensangelegenheiten des Treugebers oder dessen Vermögen im ganzen zu verwalten hat.

VI. NACHTEIL

Auf die Beschreibung des Erfolgs der Untreue als Vermögensschaden hat die Rspr allenfalls insofern eingewirkt, als ihre Ergebnisse keine Veranlassung gaben, das Tatbestandsmerkmal "Nachteil" wesentlich zu ändern. Die Rspr ist einerseits bei der Anwendung dieses Tatbestandsmerkmals nirgends zu unangemessenen Entscheidungen gekommen. Andererseits hat sich die Auslegung, die sie dem Begriff des Nachteils gab, auch nicht so weit von dessen Wortsinn entfernt, dass sich der E dieser Auslegung mit einem neuen Ausdruck im Tatbestand hätte anpassen müssen. Denn nach dem Wortsinn des Begriffes "Vermögensschaden" ist es nicht aus-

geschlossen, das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn zu verstehen. Wird das Vermögen so aufgefasst, so ist die Berücksichtigung solcher Aussichten, die den Geldwert des Vermögens bereits vermindern oder erhöhen, bei der Frage nach dem Eintritt eines Vermögensschadens nur folgerichtig.

VII. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Für die Regelung des subjektiven Tatbestands der Untreue konnte der E der Rspr nur einige allgemeine Anregungen entnehmen. Auf die Rspr geht zurück, dass für die Untreuehandlung als solche Vorsatz, auch in der Form des bedingten Vorsatzes genügt. Ebenso hat auch die Rspr schon darauf hingewiesen, dass bei der Vornahme von Risikogeschäften und bei Schädigungen des Treugebers aus Nachlässigkeit der Vorsatz des Täters bezüglich des Nachteilseintritts besonders streng zu prüfen ist. Allerdings bezog sich dieser Hinweis der Rspr auch und insbesondere auf die Prüfung des bedingten Vorsatzes. Endlich hat die Rspr zum Treubruchstatbestand des § 266 immer wieder betont, dass an den inneren Tatbestand der Untreue allgemein besonders strenge Anforderungen zu stellen seien. Diese Forderung bezog sich aber erkennbar nur auf den in § 266 geregelten Treubruchstatbestand und hatte den Zweck, einer uferlosen Anwendung dieser zu weit geratenen Untreuebestimmung entgegenzuwirken. Sie kann daher nur beäugt als Anregung für die künftige Gestaltung der Untreue im E gewertet werden.

Auf die Ausgestaltung des subjektiven Tatbestands der Untreue im E im einzelnen, nämlich darauf, dass für die Untreue nach § 263 Abs 1 und Abs 2 unterschiedliche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand gestellt werden und dass Schädigungsabsicht bzw. Bereicherungsabsicht für den Täter nach Abs 2 gefordert werden, hatte die Rspr keinen Einfluss, weil ihr insoweit durch die Fassungen des § 266 keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben war.

VIII. HAUS- UND FAMILIENUNTREUE

Die Regelung des E über die entsprechende Anwendung der Bestimmung über den Haus- und Familiendiebstahl (§ 241 des E) auf die Untreue geht nur zum Teil mittelbar über § 266 Abs 3 StGB auf die Rspr zu § 266 n.F. StGB zurück.

Diese hat nach dem Inkrafttreten des § 266 n.F. die Verfolgung einer zwischen Angehörigen begangenen Untreue zuletzt allgemein von einem Strafantrag des Verletzten abhängig gemacht.

Dagegen hat sie die analoge Anwendung des § 247 Abs 2 StGB, also die Frage der Straflosigkeit einer zwischen nahen Angehörigen begangenen Untreue, nirgends erwogen.

C. WÜRDIGUNG DER UNTREUEBESTIMMUNG DES ENTWURFS IM HINBLICK AUF DIE RECHTSPRECHUNG ZUR UNTREUE

I. VORBEMERKUNG

Die bisherigen Untersuchungen hatten den Zweck, die Bedeutung der Rspr als "Bestimmungsfaktor" der im E vorgesehenen künftigen Untreuebestimmung festzustellen. Sie haben ergeben, dass die Untreue im E von der Rspr sowohl der Tendenz nach, als auch in der Fassung des Tatbestandes im einzelnen weitgehend beeinflusst ist, und dass der E nur in wenigen Punkten der Rspr nicht gefolgt ist.

Nun soll abschliessend noch Stellung dazu genommen werden, wie diese Berücksichtigung der Rspr im E zu bewerten ist. Es geht also letztlich um eine Kritik der Untreuebestimmung des E aus der Sicht der Erfahrungen, die die Rspr bei der Anwendung der bisherigen Untreuebestimmungen gemacht hat. Da dies einer Kritik der Untreuebestimmung schlechthin gleichkommt, und die massgebenden Gesichtspunkte hierfür bereits eingehend dargestellt sind 1), kann sich diese Arbeit nicht anmassen, neue Gedanken zu bringen, sondern muss sich darauf beschränken, die hierher gehörenden Überlegungen noch einmal zusammenzufassen.

II. WESEN DER UNTREUE

Bei der Entscheidung über das Wesen der Untreue hat sich der E zu Recht der Rspr angeschlossen. Die Missbrauchstheorie in ihrer strengsten Auffassung, die allein auf das Vorliegen von Vertretungsmacht, also auf das Aussenverhältnis, abstellt, ist schon theoretisch nicht durchführbar 2). Denn sie kann keinen Masstab dafür geben, wann ein "Missbrauch" der Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht vorliegt. Diese Frage lässt sich nur nach dem der Rechtsstellung des Täters zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, also nach dem Innenverhältnis, beurteilen. Die praktisch bedeutsam gewordene Spielart der Missbrauchstheorie, die im Missbrauchstatbestand des § 266 niedergelegt ist, hat denn auch die Untreue mit einer berühmt gewordenen Formulierung als Handlung gekennzeichnet, die "im Rahmen des rechtlichen Könnens" vorgenommen wird, aber die "Grenzen des Dürfens" überschreitet 3). Damit hat die Missbrauchstheorie jedoch ihren selbständigen Standpunkt gegenüber der Treubruchstheorie im wesentlichen aufgegeben. Das Wesen der Untreue besteht auch nach ihrer Anschauung in der Verletzung des Innenverhältnisses, also in einer Pflichtverletzung; nur ist im Gegensatz zur Treu-

1) Materialien S. 333 ff

2) Materialien S. 339

3) Schwinge - Siebert S. 27

bruchstheorie die Untreuehandlung auf die Vornahme pflichtwidriger Rechtsgeschäfte beschränkt.

Wenn aber die Untreue in der Verletzung von Pflichten besteht, die in einem Rechtsverhältnis wurzeln, das der Übertragung einer Verpflichtungs- oder Verfügungsmacht zugrunde liegt und die Ausübung dieser Rechtsmacht regelt, so erhellt ohne weiteres, dass die Pflichten auch auf andere Weise als durch Missbrauch der Rechtsmacht verletzt werden können, und dass diese Pflichtverletzungen nicht minder strafwürdig sind. Insbesondere ist hier an pflichtwidrige Unterlassungen des Täters oder an Handlungen tatsächlicher Art zu denken oder auch an die Vornahme von Rechtsgeschäften, die nicht gültig sind.

Darüber hinaus wird die Missbrauchstheorie allgemein solchen Fällen nicht gerecht, in denen der Täter über Vermögen verfügen kann, das ihm vom Auftraggeber formell übertragen ist, das er aber im Interesse des Auftraggebers zu verwenden hat 1). Hier ist dem Täter keine Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen eingeräumt, so dass er nicht Untreue begehen könnte, wenn er bezüglich solchen Vermögens ungetreu handelt. Ein derartiges Verhalten ist jedoch ebenso strafwürdig wie die Pflichtverletzung bezüglich fremden Vermögens. Der E hat aus diesen Gründen zu Recht die Missbrauchstheorie aufgegeben und die Untreue als Pflichtverletzung schlechthin beschrieben.

III. TÄTER DER UNTREUE

Die Bestimmung der Pflichten, die durch die Untreuebestimmung geschützt werden sollen, betrifft die Frage nach den tauglichen Tätern der Untreue. Der E hat auch hier zu Recht in Übereinstimmung mit der Rspr angenommen, dass es sich um Treuepflichten bezüglich fremder Vermögensinteressen handeln muss.

Eine solche schutzwürdige Treuepflicht liegt ohne Frage vor, wenn dem Täter eine Vermögensverwaltung aufgetragen ist. Das gleiche gilt für die Beaufsichtigung einer Vermögensverwaltung.

Die Aufgabe des E bestand darin, auf dem Bereich der hinter einer eigentlichen Vermögensverwaltung oder Beaufsichtigung einer solchen Verwaltung zurückbleibenden Pflichten, die Vermögensinteressen eines anderen berühren, die strafrechtlich schutzwürdigen Treuepflichten gegenüber nicht schutzwürdigen abzugrenzen.

Ein Verdienst des E liegt einmal schon darin, dass er nicht jede Vertragsverletzung, sondern nur die Verletzung eines Komplexes besonders schutzwürdiger Pflichten der Strafdrohung unterstellt, und damit das Postulat der "notwendig fragmentarischen Natur des Strafrechts" anerkennt 2). Darüber hinaus wird nur

1) Materialien S. 341

2) Materialien S. 338

durch eine Untreuebestimmung, die nicht jede Vertragsverletzung erfasst, sondern sich darauf beschränkt, eine Gruppe besonders schutzwürdiger Pflichten ihrem Schutz zu unterstellen, die Privatautonomie auf dem Gebiet des Privatrechts gewährt 1). Denn diese besteht wesentlich auch darin, dass es dem durch eine Vertragsverletzung Geschädigten überlassen bleibt, ob und wie er eine geschehene Schädigung geltend machen will. Wäre jede Vertragsverletzung strafbare Untreue, so bestünde immer die Möglichkeit, dass der Staatsanwalt Kenntnis davon erhielte und dann von Amts wegen einschreiten müsste. Damit würde aber jede mit dem Schädiger getroffene Vereinbarung über die Wiedergutmachung des Schadens fragwürdig, weil die Verurteilung des Täters ihre Erfüllung regemässig vereitelt. Abgesehen davon liesse es eine drohende Verurteilung dem Täter auch wenig sinnvoll erscheinen, sich überhaupt zum Schadensersatz zu verpflichten.

Der wesentliche Vorzug des E besteht in der Art, wie er die schutzwürdigen Treuepflichten beschreibt. Der E stand hier vor der Entscheidung, ob er der in der Rspr zu § 266 n. F. geübten Auslegung der "Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" folgen oder ob er das Vorliegen einer schutzwürdigen Treuepflicht entsprechend der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue von festen Tatbestandsmerkmalen abhängig machen wollte. Die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bestimmte die Rspr mit Hilfe einer Anzahl normativer Begriffe, die aber nur als Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schutzwürdigen Treuepflicht behandelt wurden. Letztlich war für die Entscheidung über die Treuepflicht eine Abwägung aller Umstände des einzelnen Falles massgebend. Eine derartige "Beschreibung" des Täterkreises begegnet jedoch rechtsstaatlichen Bedenken. Denn eine auf ihrer Grundlage ergehende Verurteilung verletzt den Grundsatz des "nulla poena sine lege", der nicht nur ein Gesetz schlechthin verlangt, sondern eine "lex stricta", die die Tatbestandsgarantie verbürgen kann. Zudem kann eine solche Strafdrohung ihren kriminalpolitischen Zweck nur bedingt erfüllen, weil der Staatsbürger weithin im ungewissen bleibt, ob ein einschlägiges Tun mit Strafe bedroht ist. Der E ist daher zu Recht der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue gefolgt und hat die schutzwürdige Treuepflicht durch feste Tatbestandsmerkmale gekennzeichnet.

Die Beschreibung der schutzwürdigen Treuepflicht bzw. des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses, aus dem die Pflicht entspringt, im einzelnen wird den Erfahrungen der Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue im wesentlichen gerecht. Das Erfordernis, dass der Täter mit rechtsgeschäftlicher Tätigkeit für fremde Vermögensinteressen betraut sein muss, erfasst nur besonders schutzwürdige Vertrauensverhältnisse und grenzt die in solchen Vertrauensverhältnissen wurzelnde Treuepflicht, deren Verletzung durch § 263 des E unter Strafe gestellt ist, gegenüber nicht strafwürdigen und nicht strafbaren Vertragsverletzungen ab. Dass infolgedessen auch "untergeordnete Einzelaufträge" eine Treuepflicht begründen können, ist

1) Materialien S. 339

unbedenklich, weil der Ausgleich im subjektiven Tatbestand erfolgt. Dass andererseits die Betrauung mit wichtigen Tätigkeiten tatsächlicher Art nicht zum tauglichen Täter der Untreue macht, ist gerechtfertigt, weil nicht jede, wenn auch für den Betroffenen unter Umständen schmerzliche Vertragsverletzung der Untreue unterstehen soll, sondern nur Verhältnisse, die wegen besonderer Schädigungsmöglichkeiten besonderes Vertrauen zwischen den Beteiligten voraussetzen. Der E vermeidet nach seinem Wortlaut auch die nach der Treubruchstheorie sinnlose Unterscheidung danach, ob sich die Tätigkeit des Treueverpflichteten auf fremdes Vermögen oder auf eigenes Vermögen, das im Interesse des Treugebers zu verwenden ist, bezieht. Endlich ist nach § 263 zu Recht auch unerheblich, ob der Täter in fremdem Namen oder in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handeln soll.

Eine bedeutsame Abweichung von der Rspr enthält der E mit der Auslegung des Begriffs "Handeln für fremde Rechnung". Die amtliche Begründung führt dazu aus, mit dieser Wendung sei jede Tätigkeit für eigene Rechnung und im eigenen Interesse ausgeschlossen, und nennt beispielhaft als Personen, die aus diesem Grund als solche nicht Untreue begehen können, den Vorbehaltskäufer, Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer. Nun hat auch die Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue stets als Merkmal des "Bevollmächtigten" angesehen, dass er rechtsgeschäftlich für fremde Rechnung tätig werden müsse. Sie hat sich aber durch diese Formulierung nicht abhalten lassen, die Bevollmächtigteneigenschaft auch desjenigen, dem eine Forderung zur Sicherung abgetreten war, zu bejahen, indem sie seine Rechtsstellung in einen eigennützigen und einen fremdnützigen Teil aufspaltete. Auf ähnliche Weise kam die Rspr zum Treubruchtatbestand zur Annahme einer tatbestandsmässigen Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, indem sie aus einem "gewöhnlichen" Vertrag "auftragsähnliche Bestandteile" oder neben anderen Pflichten "ebenfalls sehr wesentliche Pflichten" zum Tätigwerden im Fremdinteresse ausschaltete. Der Unterschied der Auffassung des E zur Rspr besteht also darin, dass nunmehr im Gegensatz zur Rspr ein "Handeln für fremde Rechnung" nur noch vorliegt, wenn der Täter ausschliesslich im Fremdinteresse tätig werden soll, während früher genügte, dass die Tätigkeit auch im Fremdinteresse vorzunehmen war. Im Hinblick auf diese Rspr ist fraglich, ob der E mit der Wendung "Vornahme von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung" seine gegenüber der bisherigen Rspr veränderte Auffassung deutlich genug zum Ausdruck bringt. Ratsam wäre daher, die veränderte Auffassung durch Einfügen von "ausschliesslich" vor "für dessen Rechnung" im Tatbestand hervorzuheben.

Die Abweichung des E von der bisherigen Rspr ist auch sachlich gerechtfertigt. Da der E nur besonders schutzwürdige Treupflichten erfassen will, die auf besonderen Vertrauensverhältnissen beruhen, haben alle Verhältnisse auszuscheiden, in denen der Täter zugleich eigene und fremde Interessen verfolgt 1). Denn

1) Materialien S. 352, 353

dem Täter, dem eine Rechtsstellung von einem anderen auch im eigenen Interesse eingeräumt ist, wird nicht im gleichen Mass Vertrauen erwiesen, wie bei Bestellung zu einer Tätigkeit ausschliesslich im Fremdinteresse, weil der Betrauende gewärtigen muss, dass der Betraute seinen eigenen Interessen den Vorrang gibt. Diese Überlegungen gelten vor allem für die in der amtlichen Begründung angeführten Beispiele von Personen, die nach dem E als solche nicht mehr Untreue begehen können.

Noch weniger kann die Hingabe von Krediten den Kreditempfänger zum Treueverpflichteten im Sinne des § 263 des E machen. Denn hier beschränkt sich die Erwartung des Kreditgebers darauf, dass der Kreditempfänger den erhaltenen Kredit zurückzahlen oder - etwa bei Kaufpreisvorauszahlungen oder Baukostenzuschüssen - vertragsgemäss die Gegenleistung erbringen werde. Enttäuscht der Kreditempfänger die Erwartung des Kreditgebers, so handelt es sich um die "blosse" Nichterfüllung eines Vertrages. Diese mag zwar im Einzelfall den Vertragsgegner empfindlich treffen; sie ist aber nicht strafwürdig, weil der Kreditempfänger ebenfalls in erster Linie im eigenen Interesse tätig wird.

Der E macht auch zu Recht das Bestehen der strafrechtlich geschützten Treuepflicht nicht von dem Bestehen und der Gültigkeit einer zivilrechtlichen Verpflichtung abhängig. Denn die Treuepflicht ist die Folge des vom Treugeber erwiesenen Vertrauens und besteht immer dann, wenn dem Täter die umfassende Möglichkeit, das Vermögen des Treugebers zu schädigen, eingeräumt ist. Die notwendige Korrektur in möglichen Härtefällen, etwa bei Geschäftsbesorgungen aus Gefälligkeit, nimmt der E ausreichend beim subjektiven Tatbestand vor. Dass damit Untreue auch möglich ist, wenn die zivilrechtliche Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig ist, erscheint nicht unbillig. Denn die Treuepflicht in derartigen Fällen geht nicht dahin, die nichtige Verpflichtung dennoch zu erfüllen, sondern beschränkt sich darauf, dass der Betraute etwa vom Betrauenden empfangene Gegenstände an diesen zurückzugeben hat. Daher kann nicht davon die Rede sein, dass sich die Rechtsordnung in solchen Fällen für die Einhaltung einer gegen ihren Bestand gerichteten Vereinbarung einsetze. Vielmehr dient die Bestrafung eines gegen eine solche tatsächliche Treuepflicht verstossenden Täters der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Im Gegensatz zu der allein hier einschlägigen Rspr zur Bevollmächtigtenuntreue hält der E eine schutzwürdige Treuepflicht auch für gegeben, wenn dem Täter die Rechtsmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht wirksam eingeräumt ist. Diese Regelung scheint auf den ersten Blick das subjektive Element der Betrauung, den Willen des Betrauenden, allzusehr zu betonen. Sie ist aber gerecht, wenn man bedenkt, dass der Betraute Untreue nur begehen kann, wenn ihm wenigstens die Möglichkeit eingeräumt ist, Vermögensinteressen des Treugebers durch tatsächliche Handlungen zu schädigen, wenn ihm also Vermögensstücke des Treugebers anvertraut sind. Denn nur dann kann er durch ungetreues Verhalten den

Treugeber schädigen. Ist er nur rechtsunwirksam bevollmächtigt oder ermächtigt, ohne dass ihm eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf Vermögen des Treugebers gegeben ist, so kann er den Treugeber nicht schädigen, weil dann tatsächliche, das Vermögen des Treugebers berührende Handlungen nicht in Betracht kommen, und das Unterlassen oder die pflichtwidrige Vornahme von Rechtsgeschäften keinen Schaden verursacht, da das vom Täter unterlassene oder pflichtwidrig vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam ist. Tatsächlich hängt also die Möglichkeit, Untreue zu begehen, auch hier nicht nur vom Willen des Betrauenden, sondern auch davon ab, ob dem Täter wenigstens eine tatsächliche Machtstellung und damit Schädigungsmöglichkeit bezüglich Vermögen des Betrauenden eingeräumt ist.

Dass es für die Schutzwürdigkeit des im E beschriebenen besonderen Vertrauensverhältnisses keinen Unterschied macht, ob die Betrauung auf Rechtsgeschäft, behördlichem Auftrag oder Gesetz beruht, war auch bisher unproblematisch. Durch die Beschreibung des Vertrauensverhältnisses hat der E zu Recht ausgeschlossen, dass der Geschäftsführer ohne Auftrag oder derjenige, dessen Verfügung über Vermögensstücke eines anderen kraft der Bestimmungen über den Gutgläubensschutz wirksam ist, als "kraft Gesetzes" Treueverpflichtete, und damit als **taugliche Täter der Untreue** angesehen werden könnten.

"Kraft behördlichen Auftrags" können nach dem E in Übereinstimmung mit der Rspr auch Beamte mit der Vornahme von Rechtsgeschäften betraut, und damit Täter der Untreue sein. Der E ist somit nicht dem Gutachten H. Mayer's gefolgt, der gegen die Einbeziehung der Beamten in den Kreis der **tauglichen Täter** schwere Bedenken erhoben hatte 1). Durch die Fassung des E sind diese Bedenken jedoch weitgehend entkräftet. Da nach dem E der **taugliche Täter** mit der Vornahme von Rechtsgeschäften betraut sein muss, scheiden alle Beamten, die nur in der hoheitlichen Verwaltung, sei es Eingriffs- oder Leistungsverwaltung tätig sind, als **taugliche Täter** aus. Insbesondere kann der Gerichtsvollzieher bei Vollstreckungshandlungen nicht Untreue begehen, weil er hoheitlich handelt. Eine unerwünschte Konkurrenz zwischen Vollstreckungsgericht und Strafrichter bei der Entscheidung über die Rechtmässigkeit von Vollstreckungshandlungen kann daher nicht entstehen. Als **tauglicher Täter** kommt der Gerichtsvollzieher nur bei der Vornahme freiwilliger Versteigerungen in Betracht. Insoweit sind aber seine Pflichten durch den Versteigerungsauftrag bestimmt. Da die Treupflicht nur so weit besteht, als der Täter Vermögensangelegenheiten durch Vornahme von Rechtsgeschäften zu besorgen hat, können auch Beamte, die sowohl rechtsgeschäftlich als auch hoheitlich tätig zu werden haben, nur in Angelegenheiten der **ersten Art Untreue** begehen.

In dem der Untreue durch Beamte zugänglichen Bereich hat der Strafrichter allerdings im Einzelfall über die Pflichtwidrigkeit von Handlungen und Unterlas-

1) Materialien S. 351, 352

sungen zu entscheiden. Eine derartige "Einmischung der Justiz in die Verwaltung" ist aber dem geltenden Recht nicht unbekannt. Denn es gesteht den Gerichten allgemein die Kompetenz zur Entscheidung von Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten zu. Ausserdem hält sich diese Einmischung in erträglichen Grenzen, da Untreue nach dem E nur vorliegen kann, wenn der Beamte das ihm anvertraute Vermögen absichtlich oder wissentlich in Bereicherungsabsicht geschädigt hat. Der Strafrichter hat daher nicht über die Pflichtwidrigkeit irgendwelcher geringfügiger und darum schwierig zu beurteilender Unregelmässigkeit, sondern subjektiv besonders gravierender Verstösse zu urteilen. In diesen Fällen wird die Entscheidung kaum besondere Schwierigkeiten bereiten. Abgesehen davon konnte das Argument, dem Strafrichter fehle zu einer solchen Entscheidung die notwendige Sachkunde, deshalb nicht durchgreifen, weil auf die Sachkunde des Strafrichters allgemein nicht Rücksicht genommen wird. So stellt die Untreuebestimmung an den Strafrichter nicht geringere Anforderungen, wenn er etwa über die Ordnungsmässigkeit der Geschäftsgebarung des Vorstands einer grossen AG zu befinden hat.

Endlich kann auch nicht anerkannt werden, dass die Einbeziehung der Beamten in den Untreuetatbestand deshalb bedenklich sei, weil die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht mit hinreichender Sicherheit durchgeführt werden könne. Denn in Rspr und Rechtswissenschaft bestehen keine ernsthaften Meinungsverschiedenheiten über die im Rahmen der Untreue wesentlichen Begriffe des Rechtsgeschäfts und des Verwaltungsakts und ebensowenig darüber, dass zwischen beiden Begriffen ein grundsätzlicher Unterschied zu machen ist. Dass die Subsumtion eines konkreten Falles unter diese Begriffe Schwierigkeiten bereiten kann, darf bei einer Untreuebestimmung ebensowenig ins Gewicht fallen wie bei anderen Bestimmungen.

IV. UNTREUEHANDLUNG

Der Entscheidung des E, den Missbrauchstatbestand ganz fallen zu lassen, ist zuzustimmen. Dass der Missbrauchstatbestand als alleiniger Untreuetatbestand unzureichend ist, wurde schon oben gesagt. Er hat aber auch neben einem Treubruchstatbestand keine selbständige Berechtigung. Denn der Missbrauch rechtsgeschäftlicher Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis stellt weder eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung, und damit einen besonders strafwürdigen Fall der Untreue dar; noch weist diese Art der Untreuehandlung sonst irgendwelche Besonderheiten auf, die einen besonderen Tatbestand erfordern würden. Endlich stellt der rechtsgeschäftliche Missbrauch nicht einmal eine wegen ihrer Häufigkeit typische Untreuehandlung dar.

Dass die Untreue im übrigen durch Handlungen und Unterlassungen grundsätzlich jeder Art begangen werden kann, ist entsprechend den Erfahrungen der Rspr auch bisher vom Gesetzgeber anerkannt. Der E hat diese Regelung zu Recht

beibehalten, weil sie allein dem Wesen der Untreue als Pflichtverletzung und den praktischen Erfahrungen mit § 266 n.F. StGB gerecht wird, die gezeigt haben, dass die Treupflicht durch Schädigungen jeder Art verletzt werden kann, und dass **pflichtwidrige Schädigungen jeder Art strafwürdig sind**.

Besonders nützlich ist, dass der E das pflichtwidrige Verfügen über Mittel oder Gegenstände als typisches Beispiel ungetreuen Verhaltens anführt, und insbesondere die Formulierung, mit der die Pflichtgebundenheit, und damit Tauglichkeit der Mittel oder Gegenstände als Objekt der ungetreuen Verfügung beschrieben wird. Diese Formulierung beseitigt bisherige Missverständnisse, indem sie deutlich macht, dass bei der Untreue auch im Falle der Verfügung über Gegenstände ausschliesslich der Gesichtspunkt der Pflichtverletzung massgebend ist. Diese Regelung entspricht auch allein der Treubruchstheorie, weil das Bestehen einer Treupflicht und ihr Umfang unabhängig davon ist, ob Mittel oder Gegenstände zufällig im Eigentum des Treugebers oder Trenehmers stehen.

V. PFLICHTWIDRIGKEIT

Das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit als einzige, aber wesentliche Beschränkung der Untreuehandlung folgt zwar an sich selbstverständlich aus der dem Tatbestand zugrunde liegenden Auffassung über das Wesen der Untreue. Der E hat es jedoch zu Recht ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen. Denn er verpflichtet damit den Richter jeweils zu sorgfältiger Prüfung, ob der Täter bei der konkreten Handlung durch die Treupflicht gebunden war und gegen sie verstossen hat. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass bei Vorliegen eines Vermögensnachteils ohne weitere Prüfung Untreue bejaht wird, obwohl der Täter etwa ein erlaubtes Risikogeschäft vorgenommen hat oder den Treugeber durch ein Tun oder Unterlassen auf einem Gebiet geschädigt hat, das von der Treupflicht nicht umfasst war.

Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit garantiert insbesondere auch die erforderliche Differenzierung beim Verfügen über Mittel oder Gegenstände des Treugebers. Denn es hängt danach vom Inhalt der konkreten Treupflicht ab, ob der Täter empfangene Mittel unverändert an seinen Treugeber herauszugeben oder für diesen zu verwenden hat oder ob er nur in der Lage sein muss, die rechenerisch zu ermittelnde Forderung des Treugebers zu befriedigen.

VI. ERFOLG DER UNTREUE

Zum Begriff des Vermögensnachteils verweist der E zu Recht auf den von der Rspr entwickelten Begriff des Vermögens und den daraus folgenden Begriff des Nachteils. Schwierigkeiten oder gar Unbilligkeiten haben sich daraus für die Untreue nicht ergeben.

Insbesondere ist zu begrüßen, dass sich der Schutz der Untreuebestimmung nicht auf ein sogenanntes "rechtlich geschütztes Vermögen" beschränkt. Denn es wäre mit der Ordnungsfunktion des Strafrechts, für ein reibungsloses Zusammenleben im Staat zu sorgen, unvereinbar, wenn es einen Bereich des rechtlich nicht geschützten Vermögens gäbe, in dem unredliche Elemente einen Freibrief zu ungetreuem Verhalten hätten.

Der E bezieht auch zu Recht Erwerbsaussichten unter das durch die Untreue geschützte Vermögen ein, weil auch sie bereits einen Geldwert für ihren Inhaber darstellen. Ebenso kann das Vermögen grundsätzlich auch durch tatsächliche ungünstige Gestaltungen oder Verlustaussichten beeinträchtigt werden, wenn sie den Geldwert des Vermögens mindern. Der Versuchung, aus dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung als Vermögensnachteil die Annahme ungetreuen Verhaltens ungerechtfertigt vorzuverlegen, hat die Fassung des E weitgehend den Grund entzogen, weil nunmehr bezüglich der pflichtwidrigen Verfügung über Vermögensstücke nicht mehr auf die dingliche Rechtslage abzustellen ist. Soweit auch bei Anwendung der Untreuebestimmung des E diese Versuchung noch auftritt, muss der E es dem Verantwortungsbewusstsein der Rspr überlassen, ihr zu widerstehen. Diese Versuchung durch eine engere Begrenzung des Begriffs des Vermögensnachteils auszuräumen, ist nicht möglich.

VII. INNERER TATBESTAND

Zu den Erfordernissen des subjektiven Tatbestands der Untreue nach dem E kann von der Rspr her wenig gesagt werden, weil der E hier weitgehend eigene Wege gegangen ist. Dass der E grundsätzlich nur Vorsatz, auch in der Form des bedingten Vorsatzes, fordert, entspricht der st Rspr, die insoweit nie Unbilligkeiten festgestellt hat.

Die Differenzierung bezüglich der Anforderungen an den subjektiven Tatbestand im übrigen ist gerechtfertigt 1) wegen des grundsätzlich unterschiedlichen Umfangs der Treuepflicht bei einer Vermögensverwaltung und der Besorgung einzelner Vermögensangelegenheiten. Das Erfordernis absichtlicher oder wissentlicher Schädigung bei der Vermögensverwaltung garantiert, dass wirklich nur strafwürdige Pflichtverletzungen der Strafdrohung unterstehen.

Ebenso dienen die noch mehr verschärften Anforderungen an den inneren Tatbestand bei § 263 Abs 2 des E der zutreffenden Abgrenzung der strafwürdigen Pflichtverletzungen. Dass damit Schädigungen aus Leichtfertigkeit oder Nachlässigkeit nicht strafbar sind, muss hingenommen werden, wenn man das Anliegen des E billigt, nur eine eng umgrenzte Gruppe besonders unerträglicher und darum strafwürdiger Pflichtverletzungen der Strafdrohung zu unterstellen.

1) anderer Ansicht Mayer in Materialien S. 355

VIII. HAUS- UND FAMILIENUNTREUE

Der E hat zu Recht auch die Bestimmungen über den Familiendiebstahl für die Untreue übernommen, weil auch hier der Schutz verwandtschaftlicher und von Beziehungen der Hausgemeinschaft den Vorrang vor dem generellen Strafanspruch des Staates haben muss, da auch die Untreue in erster Linie individuelle Interessen schützt.

IX. SCHLUSSBEMERKUNG

Zu den sonstigen im E getroffenen Regelungen, insbesondere zur Frage der Höhe der Strafdrohung, des § 264 des E und zum Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung, ist hier nicht Stellung zu nehmen, weil es sich insoweit um Entscheidungen des E handelt, die von der Rspr nicht berührt werden konnten.

Im ganzen ist die Untreuebestimmung des E nach den Erfahrungen der Rspr mit den bisherigen Untreuebestimmungen nur zu begrüßen. Ihr besonderer Vorzug liegt darin, dass sie nunmehr im Einklang mit Art 103 Abs 2 GG steht, und so die Rspr der undankbaren und ihr nicht zukommenden Aufgabe enthoben ist, für die Entscheidung des einzelnen Falles erst die Voraussetzungen der Untreue klären zu müssen.

L E B E N S L A U F

Am 15. Januar 1935 wurde ich als Sohn des Stoffdruckmeisters Hermann Terwey und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Huber, in Unterkitzing, Gemeinde Breitbrunn am Chiemsee geboren.

Mein Vater ist am 30. Oktober 1941 in Stariza an der Wolga gefallen.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Breitbrunn am Chiemsee vom September 1941 bis 4. Dezember 1945 trat ich am 5. Dezember 1945 in das Gymnasium mit Oberrealschule Traunstein über. Ich besuchte dort das Gymnasium und erhielt am 14. Juli 1953 das Reifezeugnis.

Anschliessend studierte ich ab 27. Oktober 1953 drei Semester Philosophie an der Philosophisch-Theologischen Hochschule Freising und ab 5. Mai 1955 sieben Semester Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München.

Vom 6. - 11. Oktober 1958 und am 2. Februar 1959 legt ich die erste juristische Staatsprüfung in München ab.

Am 9. März 1959 wurde ich in den Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare aufgenommen. Während des Vorbereitungsdienstes war ich für drei Semester als Übungsassistent an der juristischen Fakultät der Universität München beschäftigt.

Am 22. September 1960 heiratete ich die Versicherungsangestellte Ingeborg Kusig.

Am 28. Februar 1963 bestand ich die Doktorprüfung und am 29. März 1963 das zweite juristische Staatsexamen.



